

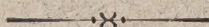
FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA LOI APPLICABLE

En vertu de l'autonomie

Des Parties Contractantes

(ÉTUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ)



THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Mardi 10 Juin 1919, à 10 heures,
dans la salle des Actes publics de la Faculté

Par H. GÉRARDIN



SOCIÉTÉ DES PUBLICATIONS DU CENTRE

RUE DES PETITS-CHAMPS, 35



18, RUE TURGOT, 18

PARIS

1919 —

LIMOGES



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550427_0015

DE LA LOI APPLICABLE

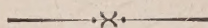
En vertu de l'autonomie

DES PARTIES CONTRACTANTES

(Étude de droit international privé)

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA LOI APPLICABLE
En vertu de l'autonomie
Des Parties Contractantes
(ÉTUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ)



THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Mardi 10 Juin 1919, à 10 heures,
dans la salle des Actes publics de la Faculté



Par H. GÉRARDIN



SOCIÉTÉ DES PUBLICATIONS DU CENTRE

RUE DES PETITS-CHAMPS, 35

PARIS



— 1919 —

18, RUE TURGOT, 18

LIMOGES

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Président : M. PILLET, professeur.

Suffragants... { *M. WEISS, professeur.*
 { *M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, professeur.*



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Définition de l'autonomie, nature de l'autonomie, délimitation de son domaine

Qu'entend-on par « autonomie des parties contractantes ? » C'est le fait que la seule volonté des parties en cause suffit à former le contrat, c'est-à-dire non seulement à enchaîner les contractants, mais encore à rendre obligatoire aux yeux de la loi le lien ainsi formé.

C'est, en tout cas, une autonomie de fait qu'il suffit de constater ; est-ce une autonomie de droit ? De ce que, pratiquement, l'Etat s'incline devant l'autonomie des parties contractantes, s'ensuit-il qu'il soit limité dans sa propre puissance par cette autonomie ? Telle est la première question que nous devons nous poser : Avant que de nous demander quelle loi sera applicable en vertu de l'autonomie des parties contractantes, il n'est que juste d'examiner quelle est la valeur mên-

me de cette autonomie et quelle sera, par suite, l'étendue de son domaine.

Il semblerait que nous n'ayons pas ici à remettre en question la nature de ce principe déjà plusieurs fois séculaire et la délimitation topographique de son domaine. Le principe de l'autonomie est en effet, aujourd'hui et depuis longtemps, communément admis : Dumoulin en a dégagé la notion et la disparition de l'antique théorie des statuts lui a permis de se développer sous sa forme véritablement indépendante ; mais la faveur qu'il a trouvée dans la doctrine et dans la jurisprudence provient moins, semble-t-il, de la solidité des bases sur lesquelles il repose que de la commodité qu'il offre d'éluder, sinon de résoudre, le problème difficile que nous abordons aujourd'hui.

Peu d'auteurs, en effet, ont cherché à justifier le principe de l'autonomie ; cette règle, dit-on communément, se justifie d'elle-même. C'est ainsi que, pour certains auteurs, elle apparaît comme une conséquence nécessaire de la liberté humaine (1). Cette réponse ne saurait nous satisfaire ; au lieu de vider le problème, elle pose une pure affirmation : ce principe existe parce qu'il existe.

Sans doute, il ne nous appartient pas de discuter ici l'autonomie de la volonté, mais serait-elle démontrée, son existence serait impuissante à fonder l'autonomie

(1) Surville et Arthuis (cours élém. de droit int., pr., p. 43). Jarassé : *Essai sur la substance et les effets des conventions* (Poitiers 1886), p. 12 et ss.

de l'individu vis-à-vis de la loi sociale ; que l'homme ait ou non à compter avec une loi supérieure à sa volonté, qu'il puisse ou qu'il ne puisse pas trouver en lui-même les motifs de ses déterminations ; peu nous importe pour l'instant et la solution du problème laisserait intacte, à notre sens, la question des rapports qui doivent exister entre la souveraineté de l'un et la souveraineté de l'autre. Il ne s'agit pas, en effet, de savoir s'il est de l'essence de la nature humaine d'être libre ; mais bien si, dans une certaine mesure, l'exercice de cette liberté doit être sacrifié ou contraint au profit de la société (1). « Il y a là, dit M. Pillet, dans son savant ouvrage sur les principes du droit international privé, une confusion évidente entre la notion philosophique de liberté, qui ne connaît d'autres bornes que les conditions inéluctables de notre existence physique et la notion civile et sociale de cette même liberté, laquelle est restreinte en outre par les conditions d'existence de la société. »

Sans doute, il est permis de contester que la société soit nécessaire à l'individu et que, sans elle, il ne saurait atteindre sa fin ; on peut se demander quelle est l'origine et le fondement du pouvoir législatif, mais, dès l'instant que l'on admet l'existence de la société, et c'est la raison d'être même de la science du droit, il faut admettre en même temps l'existence des lois sociales supérieures à la volonté individuelle ; Montesquieu

(1) 1° M. Pillet à son cours ; 2° M. Pillet, *Clunet* 1885, p. 942 : *Essai d'un système général de conflits de lois*.

considère cette vérité comme primordiale : « Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit, comme, par exemple, que, supposé qu'il y eût des sociétés d'hommes, il serait juste de se conformer à leurs lois. » (1).

La société, en effet, et c'est la seule chose que nous ayons à retenir, ne saurait exister sans lois, et la loi, par définition, ne peut être qu'obligatoire pour ceux qu'elle est destinée à régir.

On comprendra, d'autre part, que ce caractère obligatoire serait complètement illusoire s'il était dans les attributions de l'individu d'en déterminer l'opportunité, d'en limiter l'étendue.

Mais, dira-t-on, l'individu serait donc soumis à l'arbitraire du législateur ? Non certes, car, si ce caractère obligatoire ne peut évidemment être laissé à l'appréciation des particuliers, il ne faudrait pas croire non plus qu'il reposera sur la seule volonté du législateur : c'est dans la nécessité sociale qu'il trouvera sa mesure (2). Mais, la prépondérance de l'Etat sur l'individu réapparaît tout entière dans ce fait que lui seul, Etat, personnification de la société, peut être qualifié pour apprécier l'utilité sociale, et, par suite, pour juger des limites qu'il faut apporter à son propre pouvoir et des restrictions qu'il convient de faire subir à la liberté individuelle ; et cette idée que nous nous fai-

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, T. I, p. 127, L. I.

(2) En ce sens, Pillet, *pr. de dr. int. priv.*, p. 437.

sons du rôle du souverain, nous la retrouvons même chez les partisans de la théorie du contrat social; c'est ainsi que Jean-Jacques Rousseau, après avoir exprimé le principe même de sa doctrine : « On convient que tout ce que chacun aliène, par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté », ajoute immédiatement : « Mais il faut convenir aussi que le souverain seul est juge de cette importance »⁽¹⁾, et cette restriction suffit à notre avis à réduire l'autonomie individuelle au rôle, pour ainsi dire subsidiaire, nous dirions même subordonné, si ce n'était un non-sens qui lui est réservé dans l'état de société; rôle que nous pourrions résumer ainsi : l'autonomie individuelle ne s'exercera que chaque fois que la société lui permettra de s'exercer. Aussi, pourrait-on dire, en quelque sorte, que la liberté individuelle se heurte à une nécessité inhérente à l'état de société, comme elle se heurte aux lois émanant de la nature des choses. En un mot, dans l'état de société, l'individu ne peut pas plus convenir de ce qui est illégal que de ce qui est impossible.

L'individu n'a donc d'autres droits que ceux que la loi lui reconnaît et des droits ne sauraient lui naître du fait qu'il est d'accord avec un autre individu, qui, lui-même, n'a pas plus de droits que lui. C'est pourtant à ce sophisme qu'aboutissent ceux qui prétendent que le contrat étant l'accord de deux ou plusieurs

(1) J.-J. Rousseau : *Le Contrat social*, T. II, L. IV.

volontés ne saurait avoir d'autres lois que celles qui lui sont imposées par ces volontés, et que, par suite, la loi sociale serait aussi impuissante à le régir qu'à le créer ou à le supprimer : « Dans la réalité, la loi a-t-elle créé des contrats, l'effet juridique de la volonté privée ? elle organise, elle modèle tout au plus. Peut-elle dire qu'elle crée et qu'elle soit libre de supprimer ? Mais qu'elle l'ose, le contrat a l'air d'être son prisonnier ; mais c'est lui qui la tient. Elle peut ruser avec lui, elle peut l'atténuer dans sa portée, finasser, limiter de côté et d'autres, et c'est tout. » (1).

Sans doute, la société n'a pas créé le contrat ; mais ce n'est pas une raison pour qu'elle ne soit pas en droit de le régir au même titre que beaucoup d'autres éléments de son organisme, qu'elle n'a pas créés non plus, et il n'est pas moins vrai, d'ailleurs, que c'est elle qui lui donne sa véritable force et que, sans sa consécration, la volonté individuelle ne pourrait engendrer que des obligations naturelles.

Sans doute, la société n'oserait supprimer le contrat ; mais c'est par ce que son pouvoir n'est pas arbitraire, parce que, encore une fois, le motif de ses décisions est la nécessité sociale ; car, elle pourrait, d'ailleurs, en faire une construction telle, et la législation romaine en a donné l'exemple, qu'il n'y ait plus aucun rapport de causalité entre les effets juridiques du contrat et la volonté des parties contractantes.

(1) Emile Demogue : *Les notions fondamentales du dr. priv.*, essai critique, p. 596.

On peut donc conclure que l'autonomie des parties contractantes est subordonnée à l'autorité sociale, ce qui nous porte tout naturellement à examiner dans quelle mesure la loi s'incline en fait devant cette autonomie.

L'article 1134 de notre Code civil contiendrait-il, ainsi qu'on l'a prétendu, la proclamation directe de ce principe : « Les conventions légalement formées, dit cet article, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » (1). Le législateur reconnaîtrait ainsi à la convention une valeur égale à celle de la loi elle-même, à la volonté des contractants, une véritable autonomie. Il faut, d'ailleurs, avouer que le rapport de Favart au tribunal, encore plus explicite sur ce point, semble confirmer cette manière de voir : « Mais il n'y aura plus d'incertitude sur ce principe ; il sera désormais fondé sur la loi positive et garante de l'autorité des contractants, garante par conséquent des fortunes des particuliers ; et, ce qui est plus précieux encore, garante de la bonne foi qui doit régner dans l'exécution des conventions. Aussi, toutes les fois qu'une convention aura été légalement formée et dont les causes seront avouées par la loi, cette convention sera elle-même une loi. » (2).

(1) Aubry, Clunet 1896, p. 468 et 469 ; Surville et Arthuys, p. 43 et 252 ; Jarassé, thèse, p. 139 ; Audinet, principes élém. de dr. int. priv., Paris 1906, p. 279.

(2) Bousquet : *Explication du Code civil*, d'après les motifs exprimés dans les discours prononcés par les orateurs du Gouvernement et du Tribunal, note 37, ss., art. 1134.

Il convient tout d'abord de faire une réserve sur la valeur que pourrait avoir, au point de vue international, la consécration de cette autonomie par un texte postif de notre Code.

Mais, de plus, il faut se rendre compte que cet argument repose en grande partie sur un terme impropre, sur une véritable métaphore employée par le législateur et qu'il ne faut pas nous étonner de trouver sous la plume des juristes de la révolution : la convention, en effet, ne saurait en aucun cas être assimilée à une loi, elle n'en a pas la généralité, et, juridiquement, ne tient sa force obligatoire que de la loi elle-même. Des termes de l'article 1134 d'ailleurs, de la déclaration même de Favart (1) au tribunal, il résulte simplement que, lorsque les parties auront réglé les détails de leurs conventions en se soumettant à la loi : « Les conventions légalement formées », dit cet article, l'Etat sanctionnera ces conventions dans les termes mêmes où elles auront été conclues ; il appuiera, en quelque sorte, de sa force coercitive un texte privé, ainsi que seul l'Etat peut le faire, puisque, seul, il détient le pouvoir de sanctionner. Mais il ne paraît pas bien, au contraire, que, de ce fait, il s'incline devant l'autonomie de la volonté individuelle, car il aurait pu, à la rigueur, si l'utilité sociale l'eût exigé, imposer son

(1) Rapport de Favart au Tribunal, séance du XIII pluviôse an VII (Recueil des lois composant le Code civil avec les discours et opinions, L. III, Titre II, p. 122), et discours de Bigot-Préameneu, séance du 6 pluviôse an XII (Recueil des lois, L. III, T. II, p. 21).

propre texte; mais, dès l'instant qu'il accepte un texte privé, il se doit à lui-même de le faire respecter par tous, son rôle étant de garantir la bonne foi qui doit régner dans l'exécution des contrats. Il est de fait, d'ailleurs, que, dans un certain nombre de relations juridiques qui n'intéressent pas directement la société, les individus, puisqu'il s'agit surtout de leurs intérêts, sont mieux placés que lui pour en fixer les détails; aussi, sur ces points, s'abstiendra-t-il, et nous verrons d'ailleurs dans quelles mesures, de poser des règles obligatoires, laissant aux particuliers le soin de suppléer, comme ils l'entendent, au silence de la loi : « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Mais, encore une fois, c'est une liberté qu'il leur laisse et non point un droit devant lequel il s'incline (1) ; liberté que, d'ailleurs, tout législateur sage devra laisser très grande, car personne ne peut mieux juger des intérêts privés de l'individu que l'individu lui-même.

Cela suffit à nous expliquer que ce principe se retrouve dans toutes les législations et c'est la part de vérité que renferme la doctrine de l'autonomie, mais il n'en faut pas moins conclure avec M. Pillet (2), que si l'homme est autonome, ce n'est pas parce que la nature le veut ainsi, c'est parce que le législateur l'y autorise.

(1) En ce sens Touiller : *Du rôle du consentement dans les actes juridiques* (Valence 1894), p. 72.

(2) M. Pillet à son cours,

Que si donc, faute de terme meilleur à proposer, nous ne nous arrêtons pas aux critiques, toutes de détails d'ailleurs, faites par Savigny à cette appellation, il convient du moins de ne lui accorder qu'une portée restreinte, un sens relatif.

Pratiquement, cette subordination de la volonté individuelle à la loi sociale, aura sa première manifestation dans la délimitation topographique des deux zones d'influence : En matière contractuelle comme ailleurs, ce n'est donc pas la volonté individuelle qui limitera la sphère d'application des lois sociales, mais bien la société qui apportera à l'autonomie individuelle les restrictions qu'elle jugera convenable d'y apporter ; il est inutile d'insister d'ailleurs sur ce point, et il semble même que cette vérité soit un lieu commun ; néanmoins, nous le verrons, si les auteurs et la jurisprudence s'étaient toujours inspirés de cette idée, il m'est d'avis que certaines erreurs eussent été évitées.

La société enserme donc le contrat par l'ensemble de ses lois prohibitives et impératives, qui trouvent leur justification dans l'intérêt public auquel, encore une fois, nulle volonté privée ne saurait porter atteinte (1).

Ce sont : les lois relatives à la capacité des parties contractantes, à la forme des actes, à l'ordre public, auxquels il faut ajouter toutes les dispositions législa-

(1) En ce sens, Résolutions adoptées à l'Institut de droit international, session de Florens, Tome XXII, p. 289, art. 1^{er} des résolutions.

tives relatives aux vices du consentement (1), à la prescription libératoire, à l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, catégorie de lois que M. Pillet qualifie de lois anonymes (2).

Toutes ces lois sont sans aucunes restrictions obligatoires ; l'individu n'a pas à les accepter, il les subit ; en ce qui concerne le droit civil, c'est un principe contre lequel nul ne peut s'inscrire en faux. Devient-il donc caduc en ce qui touche les rapports internationaux ? Non certes, car le droit international a pour but de délimiter l'étendue d'application des lois, mais non d'en modifier la nature (3), et il ne faut pas s'y tromper : la question ne se pose pas de savoir si telle loi obligatoire conserve son caractère en droit international, mais simplement quel est, en droit international, la loi obligatoire à appliquer, et dès lors, quel qu'en soit le critérium, quelque incertain qu'il puisse paraître, il ne faut en aucun moment le chercher dans la volonté individuelle, car ce serait un non sens. Retenons simplement que le principe de l'autonomie, loin de voir s'accroître son domaine en droit international, le verra se restreindre chaque fois qu'il se heurtera à une loi prohibitive ou impérative d'un quelconque pays intéressé (4).

(1) Contra : Jarassé, op. cit., p. 101 et 102.

(2) Pillet à son cours et pr. de dr. int. pr., p. 446 et 557.

Cf. : Aubry, ChUNET 1896, p. 468 (note). Olive : *Etude sur la théorie de l'autonomie en droit intern. privé* (Paris 1899), p. 153.

(3) Pillet, pr. de dr. int. pr., p. 141.

(4) Annuaire dr. int. pr. XX, p. 163.

Nous voici donc en présence de deux domaines distincts : celui que l'Etat abandonne à la volonté privée et celui qu'il se réserve.

Il semble dès lors qu'il soit illogique de se demander quelle loi sera applicable au contrat en vertu de l'autonomie des parties contractantes, puisque dans le domaine de l'autonomie, en effet, ce ne pourra être par définition que la loi volontaire, ou plus exactement il n'y aura pas de loi, et, hors ce domaine, il y aura la loi sociale ; mais elle ne sera pas applicable, en vertu de l'autonomie des parties contractantes.

Aussi faut-il faire intervenir un nouvel élément pour que la question puisse se poser telle que nous la posons aujourd'hui :

Si l'individu est laissé libre, en effet, de régler toutes les clauses du contrat, d'en fixer toutes les conséquences, il n'en est pas moins vrai qu'en pratique, soit qu'il ne prévoie pas des difficultés à venir, soit même qu'il s'en remette implicitement à l'usage du soin de les régler, il néglige souvent de déterminer nettement certains points de la convention, d'en fixer les conséquences même les plus directes, se bornant à en indiquer les traits essentiels ; aussi faut-il, pour compléter le contrat ainsi esquissé, se reporter au droit commun, c'est-à-dire au faisceau de loi supplétives ou interprétatives dû à la prévoyance du législateur. C'est ainsi, par exemple, que la loi détermine dans ce domaine de l'obligation contractuelle ainsi défini, en cas de vente, le lieu où la marchandise doit être livrée, où le prix doit être payé ; en cas de bail, les obligations

respectives du bailleur et du preneur quant aux réparations.

Ces lois dispositives, on le voit, apparaissent donc seulement quand il s'agit d'obligations contractuelles, à l'exclusion de toute obligation délictuelle ou quasi-délictuelle. Mais que dire des obligations quasi-contractuelles ? Relèvent-elles du domaine des lois supplétives ? Elles n'y appartiennent certainement pas en ce qui touche l'obligation de celui dont l'affaire est gérée. Quant au gérant, s'il entend s'obliger, il n'en est pas moins vrai qu'il n'a pas le pouvoir, même par une déclaration de volonté contraire, d'échapper aux conséquences légales de son acte. Nous sortons du domaine de l'autonomie. Il n'y a donc pas place ici pour le droit supplétif.

On voit donc s'établir, entre le législateur et l'individu, une collaboration étroite, tellement étroite même qu'il deviendra difficile d'y distinguer l'élément légal de l'élément volontaire.

Dès lors, quand il s'agira d'interpréter un contrat régi par une loi unique, le juge devra se demander dans quelle mesure il conviendra de rechercher la volonté privée, ou dans quelle mesure, au contraire, il faudra s'en référer aux lois « dispositives », et c'est la première question que nous aurons à examiner.

Mais, cette première question résolue, en droit international, une nouvelle difficulté se présentera : à quelle législation dispositive faudra-t-il demander de venir éclairer l'obscurité du contrat en cause : Un Français contracte avec un Allemand, en Suisse, à

quel Code faudra-t-il se référer pour interpréter le contrat ? Il ne peut être question d'appliquer ici le critérium, qui sert à trancher le conflit des lois impératives ; les états, en effet, ne sont pas directement intéressés à l'application d'une loi au détriment d'une autre et puisqu'en fait, ils laissent aux particuliers, dans la plus large mesure, le soin de régler les détails de leurs conventions, il semblerait que la meilleure solution serait certainement celle qui consisterait à appliquer la loi voulue par les parties ; mais dans la plupart des cas, et c'est là l'objet même de notre étude, la difficulté sera justement de connaître cette loi. Convendra-t-il de rechercher la volonté des parties contractantes à ce sujet, ou faudra-t-il à son défaut établir un système de présomptions, en faveur de telle ou telle loi, par exemple la loi du lieu de formation du contrat, ou celle du lieu de son exécution, voire même la loi nationale commune des contractants ou telle autre à déterminer ? C'est la question que nous aurons ensuite à nous poser.

C'est, on le voit, un problème à deux degrés :

Nous fixerons d'abord le rôle des lois dispositives en droit interne et cela fait, seulement nous aborderons la question du conflit de ces lois en droit international.

D'où deux chapitres :

CHAPITRE I. — Rôle du juge vis-à-vis des lois supplétives et interprétatives en droit interne, valeur respective de la volonté douteuse ou de la volonté inexprimée des contractants.

CHAPITRE II. — *Comment le juge choisira-t-il le système de lois dispositives à appliquer au contrat : faut-il des présomptions ?*

Après quoi nous passerons en revue les doctrines émises, les arrêts rendus, les lois promulguées jusqu'à ce jour :

CHAPITRE III : *Doctrine ;*

CHAPITRE IV : *Jurisprudence ;*

CHAPITRE V : *Les Codes, pour conclure, enfin, par le*

CHAPITRE VI : *Système de présomption proposé.*

CHAPITRE PREMIER

DOMAINE DES LOIS DISPOSITIVES

VOLONTÉ DOUTEUSE

VOLONTÉ INEXPRIMÉE

CHAPITRE PREMIER

DOMAINE DES LOIS DISPOSITIVES. — VOLONTÉ DOUTEUSE. —

VOLONTÉ INEXPRIMÉE

« La règle dominante du Droit moderne, dit M. Saleilles (1), est celle de l'autonomie de la volonté en matière d'actes privés : les parties peuvent tout ce qu'elles veulent, pourvu que leurs conventions n'aient rien de contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux principes posés par la loi. Elles peuvent donc, non seulement imaginer à l'infini des conventions non prévues par la loi, mais elles peuvent également, à propos d'un contrat que la loi a prévu et réglementé, introduire toute une variété de clauses différentes de celles consacrées par les textes. Mais, de ce que la volonté est souveraine, principe *d'autonomie* de la volonté, cela ne veut pas dire que la loi doit se désintéresser de la direction juridique, prise en quelque sorte par la volonté contractuelle, et que la loi ne doit

(1) Saleilles : *De la déclaration de volonté* (traduction du Code civil allemand), L. I, p. 196 et ss.

pas chercher à orienter cette volonté dans le sens le plus conforme à l'équité, aux usages et aux nécessités économiques et sociales. » Elle le doit d'autant moins, ajoute M. Saleilles, que, le plus souvent, les parties n'ont eu en vue que le résultat économique, n'envisageant l'acte juridique que comme un moyen de l'atteindre et non comme une fin. Aussi, négligeant le mécanisme juridique, elles ne se sont préoccupées que des points sur lesquels leur attention était naturellement appelée ; pour tout le reste, elles s'en sont remises à la loi.

C'est donc à la loi qu'il appartient de régler ce mécanisme.

Aussi, pour remplir ce rôle tutélaire vis-à-vis des parties contractantes, l'Etat a-t-il édicté, à côté des lois impératives, l'ensemble de lois que M. Saleilles nomme dispositives.

Ces lois n'ont pas le caractère impératif des dispositions légales qui intéressent directement l'ordre public, car leur application est subordonnée à l'expression de volonté des particuliers. Mais, on ne saurait dire cependant qu'elles sont facultatives; car, encore une fois, par définition, aucune loi ne peut être facultative : elles sont simplement conditionnelles; en ce sens que leur application est subordonnée au silence ou à l'expression imparfaite de la volonté des contractants. Mais la modalité dont elles sont frappées ne dépend pas de la volonté de l'individu, elle est attachée à la loi par le législateur lui-même : « Ce ne sont pas les particuliers qui les repoussent ou y dérogent, ce sont elles qui

ne se présentent pas pour régler une situation toute différente de celle qu'elles visent (1). »

Dans quelle mesure l'État entend-il donc suppléer la volonté privée ? Quel concours les lois dispositives apportent-elles aux juges chargés de trancher les conflits de volontés particulières; avec quelle force se présentent-elles à lui pour entraîner sa décision ?

Deux cas distincts sont à envisager, deux degrés dans l'expression de la volonté des parties contractantes.

Tantôt, en effet, le juge se trouvera en présence d'une volonté, mais d'une volonté douteuse, c'est-à-dire qu'au moment de la confection du contrat, l'acte de volition aura eu lieu, les parties auront eu en vue la solution, mais la manifestation de leur choix sera assez peu claire pour qu'il soit permis d'hésiter sur leur intention.

Tantôt, au contraire, le juge aura à rechercher une volonté problématique, peut-être existante, peut-être inexistante, en tout cas inexprimée.

D'une façon générale, devra-t-il, dans les deux cas, envisager de la même façon le rôle de la loi dispositive ?

L'affirmative et la négative ont leurs partisans. M. Saleilles, en particulier, assimile la volonté imparfaitement exprimée à la volonté inexprimée. En tout

(1) De Vareille-Sommière : *Les lois d'ordre public* (extrait de la *Revue de Lille*, Paris 1899, p. 66). Contra : Aubry (Clunet 1896, p. 468, note).

cas, il envisage le rôle de la loi comme semblable dans les deux cas.

La thèse contraire a été soutenue notamment par M. Stammler, que d'ailleurs, dans son ouvrage, M. Saleilles s'attache à réfuter, et par M. Pillet.

Ce n'est pas, il convient de le noter, le point de vue international qu'envisage M. Saleilles dans son ouvrage sur la déclaration de volonté (traduction du Code civil allemand).

Comment, nous dit-il, l'Etat a-t-il paré à la défec-tuosité de déclaration de volonté chez les contractants : en édictant les lois dispositives, qui sont elles-mêmes supplétives ou interprétives, suivant la façon de procé-der du législateur (1).

Tantôt, en effet, la loi déclare qu'en cas de doute, on appliquera telle ou telle solution ? disposition in-terprétative.

Tantôt, au contraire, elle donne une solution, sous réserve qu'il en soit décidé autrement par les parties contractantes, et c'est là une disposition supplétive.

Par cette double façon de procéder, le législateur entend-il tenir compte à des degrés différents de la vo-lonté des particuliers, suivant qu'elle est inexprimée ou simplement douteuse ?

Quelle est la nature exacte de ces sortes de lois ? Faut-il les opposer l'une à l'autre ?

Dans le cas, en effet, où il y a lieu à disposition in-terprétative, nous dit-il, le juge doit rechercher la vo-

(1) Saleilles, op. cit., p. 196 et ss.

lonté des parties, non seulement dans les termes de la convention, mais encore dans les circonstances qui peuvent en éclairer la formule, et si la volonté reste douteuse, le juge alors n'a qu'à appliquer la loi, qui, dans l'espèce, se substitue au juge pour interpréter cette volonté, présumant que les parties ne s'étant pas exprimées nettement ont entendu suivre l'usage; on en fait donc, en quelque sorte, une interprétation qui repose sur une présomption de volonté.

Dans le cas, au contraire, de disposition supplétive, la préoccupation initiale de la loi n'est pas la volonté des parties, le législateur, en effet, commence par donner la solution; mais, toutefois, comme il ne s'agit pas d'un point qui intéresse l'ordre public, il réserve aux parties la possibilité de la clause contraire.

Dans le premier cas donc, pas de limitation à l'interprétation judiciaire ; pour découvrir la volonté des contractants, le magistrat peut employer tous les moyens d'interprétation permis. Dans le deuxième, la loi ne doit céder que devant une volonté nettement déclarée. Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, que les parties s'expriment en termes formels ; mais il faut néanmoins qu'elles fassent connaître nettement qu'elles ont entendu résoudre la question en sens contraire de la loi.

A première vue, remarque M. Saleilles entre ces deux catégories de dispositions, il n'y aurait pas une différence de nature, mais simplement une différence d'effet, et l'on pourrait les considérer comme des présomptions légales variant d'intensité.

Mais, ajoute-t-il, ce serait une erreur, et, d'ailleurs, cette manière de voir commence à être abandonnée.

Il s'agit, en effet, dans nombre de cas, de points que les parties n'ont pu prévoir et que si elles les avaient prévus, elles les auraient fixés autrement que la loi ne l'a fait ; ceci n'est pas douteux en ce qui concerne les règles légales qui ne peuvent céder que devant une volonté expresse; « en pareil cas, en effet, si l'on ne tient pas compte de la volonté tacite, il faut donc bien reconnaître que la prétendue présomption légale l'emportera, à l'encontre de la volonté même certaine des parties » ; or, on comprendrait à la rigueur que, dans un contrat formel, la volonté non exprimée puisse être considérée comme non avenue et, par suite, ne puisse combattre la présomption légale, mais, en cas de contrat non formel, on ne peut tenir le même raisonnement, et cependant, si on ne fait preuve d'une volonté spéciale, la loi n'en tiendra aucun compte.

Il est donc difficile de qualifier de présomption cette catégorie de dispositions. Faut-il voir entre ces deux sortes de lois une différence radicale ? Aujourd'hui, il y a une tendance à l'admettre, les lois interprétatives seraient des présomptions légales, les lois supplétives des dispositions réglementaires.

Besterait, pour les partisans de cette théorie, à déterminer le critérium d'après lequel on distingue les deux catégories ainsi classées : non seulement le critérium formel, car le plus souvent il résultera des termes de la loi, mais aussi le critérium en quelque sorte substantiel, et c'est ici que M. Saleilles est amené à exposer l'o-

pinion de Stammler (1) et s'attache à la réfuter. M. Stammler croit, en effet, qu'il existe une différence essentielle entre ces deux sortes de dispositions légales, une différence objective qui est le degré d'expression de volonté des contractants.

Pour qu'il y ait lieu, en effet, à interprétation, dit-il, il faut qu'il y ait quelque chose à interpréter, donc une volonté douteuse pour le juge, mais une volonté ayant réellement existé : il faut que les parties aient prévu la question et entendu la solutionner ; seulement, cette solution reste incertaine parce qu'exprimée avec manque de clarté, et c'est alors que la loi prétend que les intéressés ont adopté le parti le plus conforme aux usages et à l'équité. Et la loi, en donnant la solution, ne cherche qu'à interpréter leur volonté en s'en rapprochant le plus possible.

Au contraire, lorsque les parties n'ont rien dit, il n'y a pas à tenir compte de leur volonté, elle n'a peut-être pas existé; la loi ne présume pas, elle dispose aux lieu et place des parties qui ont omis de le faire; par suite, conclut Stammler, si les parties ont entendu laisser de côté le point en litige, une disposition interprétative ne saurait s'y rapporter; seule, une disposition supplétive peut intervenir.

Erreur, dit M. Saleilles, distinction toute arbitraire. En effet, si les parties n'ont rien dit, ce n'est pas fatalement une loi supplétive qui doit intervenir. Car, de

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 199 et ss.

deux choses l'une, *ou bien* le point litigieux a attiré leur attention, et alors il sera inadmissible de dire qu'elles n'ont pas eu l'intention de le trancher ; si elles n'ont rien dit, cela vient ou de ce qu'elles entendaient s'en référer à la loi, ou de ce qu'elles ont cru leur silence suffisant à l'écarter ; donc, il y a volonté incertaine ; dès lors, il y a lieu à disposition interprétative.

Si, d'ailleurs, on supposait que les parties, tout en prévoyant la difficulté, n'ont voulu conclure ni en un sens ni en l'autre, c'est qu'elles entendaient s'en remettre à la loi ; et la loi, sans doute, serait non plus interprétative, mais supplétive, mais elle suppléerait par présomption de volonté, et alors il serait extraordinaire de refuser l'application de la présomption, sous prétexte qu'il n'y a plus lieu à interprétation, mais à disposition subsidiaire : Est-ce que la solution acceptée par la loi à titre de présomption, au cas de volonté douteuse, ne serait pas exactement celle qu'elle aurait voulu également imposer pour le cas de volonté non exprimée ?

Ou bien, et d'après M. Saleilles, c'est le cas le plus commun, les parties n'ont point prévu le point en cause, ni directement ni indirectement, et alors la loi, en tranchant cette difficulté, fera une réglementation purement objective, en dehors de toute question d'intention ou de prévision des parties.

Va-t-on en conclure que, dans ce cas, la disposition de la loi étant, dans sa pensée, purement interprétative, devra être écartée ? Ce serait invraisemblable, car

« la solution que la loi considérerait, en cas de doute, comme répondant à la volonté présumée des parties, parce que c'est la solution qui répond le mieux, en somme, à sa volonté à elle, doit être *à fortiori* la solution qu'elle impose, lorsqu'elle aura ses coudées franches et qu'il s'agira pour elle d'appliquer ce qu'elle veut et non ce qui a été voulu par d'autres » (1).

Aussi, faut-il en conclure que, si les premières dispositions sont interprétatives d'abord, elles sont supplétives aussi.

En sens inverse, on pourra dire qu'une règle supplétive pourra être subsidiairement interprétative et cela *à fortiori*, puisqu'en effet, comme nous l'avons vu, elle pourra s'appliquer à l'encontre d'une volonté, à plus forte raison pourra-t-elle s'appliquer en face d'une volonté douteuse.

Dès lors, on arrive à conclure, dit M. Saleilles : ces deux dispositions ont même nature et il n'y a point entre elles de différence qualitative, mais simplement quantitative; mais, conclut-il en même temps, cette nature n'est point celle qu'on leur prête communément, au lieu que les dispositions en question soient fondées à un degré plus ou moins grand sur une présomption de volonté, il n'y a en réalité que des dispositions objectives indépendantes de toute présomption : « Ce que l'on appelle une disposition légale interprétative n'a encore que par fiction le caractère d'une interprétation de volonté ; il n'y a pas d'interpréta-

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 203.

tion légale de la volonté des parties. Dire que la loi interprète par avance une déclaration de volonté est un pur non sens ou tout au moins une fiction qui ne se défend plus. Il n'y a pas d'interprétation abstraite d'un fait concret. Il n'y a pas dans la vie deux déclarations identiques, alors que tous les termes en seraient les mêmes. Il n'y a pas deux contrats qui, au point de vue de la volonté qu'ils expriment, soient l'expression de la même volonté, entendu cependant d'une volonté objective » (1).

Et si la loi, qui n'a pu interpréter par avance une disposition dont elle ignore tous les termes, confie cette mission au juge, elle le charge simplement d'apprécier si réellement il y a doute, et, dans ce cas, il appliquera la disposition légale, alors même qu'il serait probable que les parties ont désiré le contraire.

Le législateur ne procède pas autrement en ce qui concerne les dispositions supplétives : il donne aux juges mission de constater l'existence de la volonté expresse contraire et si cette volonté n'est pas explicite, il y a lieu à application de la disposition légale, alors même qu'il y aurait en fait volonté contraire.

Aussi, les premières dispositions devraient-elles, en réalité, être qualifiées de supplétives, tandis que les autres auraient le nom de dispositives, « les premières suppléant la volonté lorsqu'elle est douteuse, les autres disposant même dans le cas où elle n'est plus dou-

(1) Saleilles, op. cit., p. 204.

teuse; il n'y a qu'un degré d'intensité de plus, les premières tendent simplement à faire prévaloir un usage, alors que les secondes touchent pour ainsi dire à l'ordre public. »

D'après M. Saleilles, il semble donc que le rôle de la loi vis-à-vis de la volonté douteuse soit le même que vis-à-vis de la volonté inexprimée, et sans préjuger de la façon, dont le juge se conduira lorsque le litige aura un caractère international, pour trouver la loi applicable dans l'un et l'autre cas, M. Saleilles encore une fois n'ayant pas envisagé le problème sous cette face, on peut affirmer que, d'après lui, le juge devra procéder de la même façon dans les deux cas.

Or, de l'avis de M. Stammler, ainsi que nous l'avons vu, et son opinion est d'ailleurs partagée par M. Pillet, entre les deux hypothèses il y aurait une différence fondamentale : sans doute, lorsque les parties n'ont manifesté aucune intention, on ne saurait tenir compte de leur volonté ; peut-être, en effet, n'a-t-elle jamais existé. Par suite, toute présomption de volonté serait une hypothèse absolument gratuite : la loi avait laissé aux parties une liberté dont elles n'ont pas usé, il n'y a pas arbitraire à passer outre à leur silence, aussi statue-t-elle par voie d'autorité sans s'inquiéter des intentions des particuliers.

Mais, par contre, lorsque les parties ont prévu la question et tout en entendant la solutionner, ne se sont pas cependant exprimées de façon à ne pas laisser place à l'incertitude, il n'en est pas moins vrai qu'elles ont

opté; il y a réellement volonté, et puisque la loi abandonne à cette volonté le soin de former le contrat comme elle l'entend, il n'est que juste qu'elle cherche à s'en rapprocher le plus possible, et, en fait, les règles qu'elle impose au juge pour interpréter le contrat ne sont, dans ce cas, que des présomptions de la volonté des particuliers.

Remarquons que, d'après la théorie de L. Stammler, il semble qu'il ne se soit pas arrêté à la différence formelle entre les dispositions supplétives et interprétatives, et qu'il n'admette, pour les classer, que le critérium substantiel : l'absence de volonté; aussi, le dilemme dans lequel le renfermait M. Saleilles n'aurait-il plus sa raison d'être; la loi à appliquer serait supplétive toutes les fois qu'il y aurait inexpression de la volonté, et que, par suite, toute présomption serait impossible, alors même qu'elle rentrerait dans la classification des lois interprétatives.

Par contre, il y aurait lieu à disposition interprétative toutes les fois qu'il y aurait volonté douteuse, mais volonté, sous réserve, bien entendu, que la loi n'en ait pas, pour des motifs autres, disposé autrement en exigeant une volonté formelle ou explicite, car alors même, en cas de volonté douteuse, il faudrait appliquer une disposition supplétive.

Il n'en est pas moins vrai, pourtant, qu'il est difficile de ne pas considérer, avec M. Saleilles, comme une fiction, l'interprétation légale de la volonté; ainsi qu'il le fait remarquer, en effet, outre qu'il n'y a pas

d'interprétation abstraite d'un fait concret, comment la loi aurait-elle pu interpréter par avance une disposition dont elle ignore les termes ? Nous ne voyons pas qu'on puisse passer outre à une pareille objection. Aussi, croyons-nous qu'il faut envisager le problème successivement sous ses deux faces différentes :

Tout d'abord, en nous plaçant au point de vue objectif, comme M. Stammler et M. Pillet, c'est-à-dire en le considérant du côté de l'expression de volonté des contractants.

Il nous semble, avec M. Stammler et M. Pillet, qu'il y ait plus qu'une différence quantitative entre les deux cas : le législateur, lorsqu'il s'agit d'interpréter la volonté douteuse, tient à s'en rapprocher le plus possible, non point dans la disposition interprétative qu'il a émise, mais en laissant au juge la plus grande liberté d'investigation pouvant évidemment aller quelquefois jusqu'à la présomption de fait, lorsque cette dernière est capable de donner plus qu'une probabilité, une certitude, lorsque, par déduction, on peut découvrir une volonté tacite. Ce n'est qu'à la dernière limite, lorsque le juge avoue son impuissance à percer le nuage qui voile les volontés en cause, alors seulement, et plutôt que de le laisser se décider suivant une probabilité, toujours problématique, il lui indique le sens dans lequel il doit statuer, il lui indique la solution la plus près de l'usage, mais, il faut bien s'en rendre compte, dans ce cas, la préoccupation constante du législateur est la recherche de la volonté privée et la

seule considération qui puisse lui faire fixer une limite à cette investigation, c'est la crainte de l'arbitraire du juge.

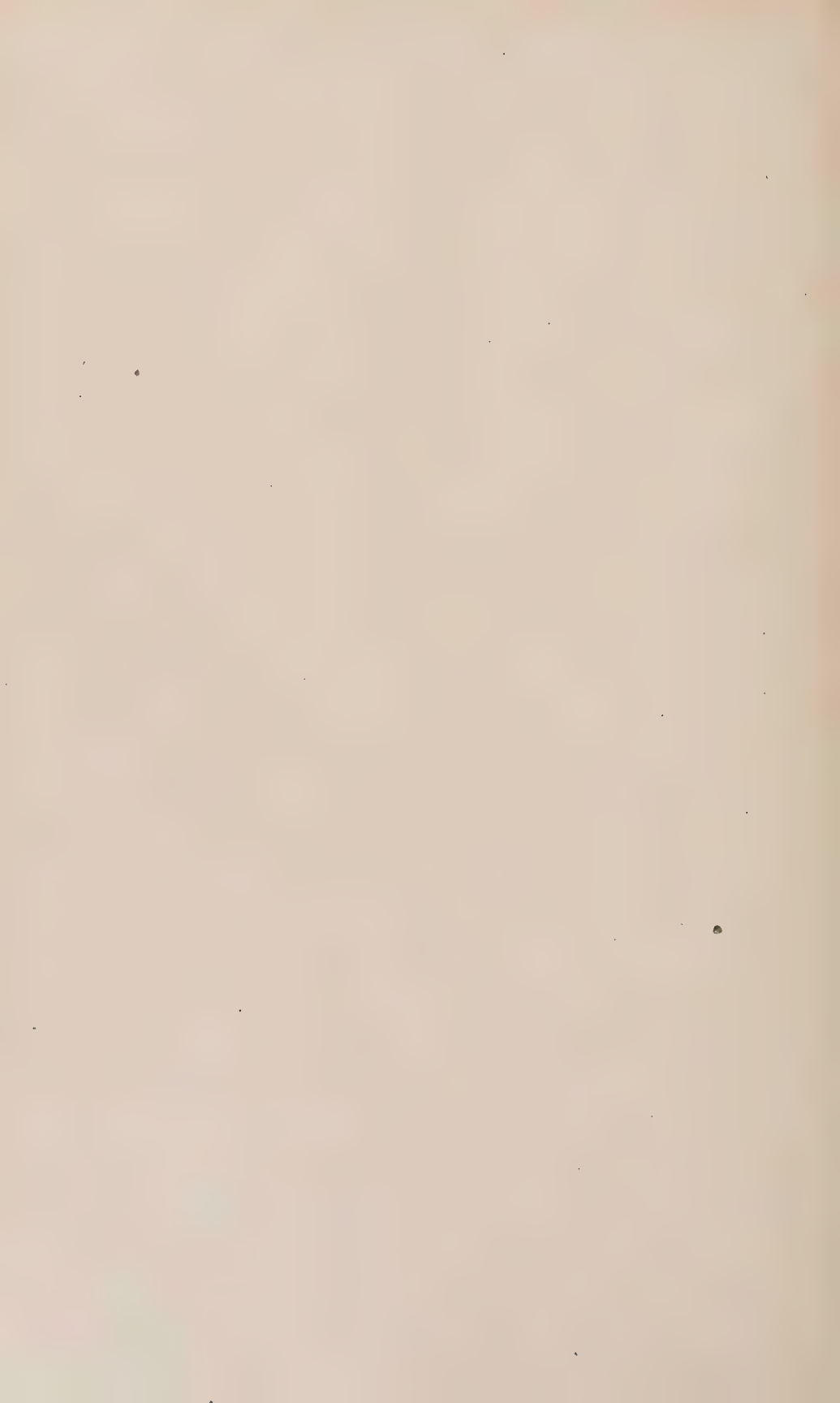
Dans l'autre cas, au contraire, la loi ne saurait se se préoccuper de rechercher une intention qui n'a peut-être jamais existé. Il ne faut pas s'étonner qu'elle ne place pas au premier plan une liberté que les parties n'ont pas même pensé à exercer : son unique préoccupation sera donc d'appliquer le droit commun, qu'il se présente sous forme de loi supplétive ou interprétative.

Si, au contraire, avec M. Saleilles, nous envisageons le problème du côté subjectif, du côté du législateur, il nous semble, avec ce savant auteur, qu'une fois la part faite à la recherche de volonté privée, il reste pourtant vrai que, là où l'Etat fixe la limite à l'arbitraire du juge, dans le cas de loi interprétative comme dans le cas de loi supplétive, dès l'instant qu'il prononce, il ne peut le faire que par voie d'autorité, sans s'inquiéter de ce qu'aurait pu être la volonté des parties (1). Aussi, ne croyons-nous pas qu'entre les deux extrêmes : volonté exprimée dans lequel on applique la loi volontaire et volonté inexprimée, dans lequel nous verrons s'appliquer la loi suivant une règle fixe, il y ait place à une troisième catégorie fondée en quelque sorte sur un calcul de probabilités laissé à l'appréciation du juge : de deux choses l'une, en effet, ou la volonté cachée a été découverte, alors on s'en réfère à cette volonté, ou elle ne l'a pas été, et alors, vis-à-vis

(1) En ce sens, de Bar (Chunet 1887, p. 272).

de la loi, elle ne peut être qu'égale à une volonté inexistante. Quels que soient les motifs qui l'inspirent, la crainte de l'arbitraire ou le devoir de fixer le droit commun, quelle que soit la façon dont il prononce, subsidiairement ou d'autorité, à quelque moment qu'il fasse commencer sa mission de législateur, l'Etat édicte une loi, et il n'y a pas deux manières de légiférer.

Théoriquement donc, et pratiquement d'ailleurs, en cas de volonté douteuse comme en cas de volonté inexprimée, il ne saurait être question de faire régir les contractants par la loi présomptivement adoptée; aussi sommes-nous amenés à cette conclusion que le juge devra suivre la même conduite vis-à-vis de la volonté douteuse que vis-à-vis de la volonté inexprimée : à savoir, constater le doute ou l'absence de volonté et appliquer la loi dispositive, qu'elle soit supplétive ou interprétative, et la conclusion qu'on peut en tirer au point de vue international, c'est qu'il y aura lieu de faire appel au même critérium pour fixer l'application des lois supplétives ou interprétatives, en droit international.



CHAPITRE II

LES LOIS DISPOSITIVES EN DROIT INTERNATIONAL FAUT-IL DES PRÉSOMPTIONS ?

CHAPITRE II

LES LOIS DISPOSITIVES EN DROIT INTERNATIONAL. — FAUT-IL DES PRÉSUMPTIONS ?

En somme, dans le domaine des conflits de législations, l'autonomie pourrait donc être définie : la faculté pour les contractants de choisir parmi les législations dispositives des Etats celle qui sera applicable au rapport juridique qui les intéresse.

Ce pouvoir n'est-il pas exorbitant ? et, étant donné que le droit international a pour objet de tracer les limites respectives de la souveraineté des divers Etats dans la réglementation des rapports de droit privé, n'est-ce pas renverser les notions de souveraineté, que d'en faire dépendre l'étendue, de la volonté des personnes qu'elle régit ?

Deux cas sont à distinguer :

1° Les parties usant de leur droit se sont exprimées sur le choix qu'elles entendent faire d'une loi dispositive ;

2° Les parties n'ont pas exprimé leur choix ou l'ont exprimé peu clairement ; ces deux dernières hypothèses seront soumises au même raisonnement, puisque nous avons admis qu'aux yeux de la loi, volonté douteuse et volonté inexprimée avaient la même valeur.

§ I^{er}

*LES PARTIES ONT EXPRIMÉ LE CHOIX QU'ELLES
FONT D'UNE LOI*

Cette première hypothèse, outre qu'elle n'offre au point de vue théorique aucune difficulté et ne fait d'ailleurs l'objet d'aucune controverse, ne semble même pas, à notre avis, rentrer dans le cadre de notre étude; comme nous allons le voir, en effet, elle ne présente pas, même en apparence, le caractère d'un conflit de loi résolu par la volonté des parties contractantes; lorsque les parties, en effet, ont déclaré explicitement se soumettre, pour l'interprétation de leur contrat, à une législation quelconque, le juge devra, purement et simplement, se reporter à cette législation : « Si les parties ont fait leur choix, disait M. Harburger, à la session de l'Institut de droit international privé, tenue en 1904 à Edimbourg, nous sommes d'accord pour en reconnaître les effets » (1).

Si, en droit interne, lorsque les parties se sont exprimées très complètement sur les clauses et conditions de leur contrat, il est évident que le rôle de l'Etat est absolument nul, au premier abord, il semblerait qu'en droit international il en soit tout autrement, puisque, justement, les particuliers se réfèrent eux-mêmes à sa loi; or, en réalité, il n'en est rien et son intervention

(1) A. 1904, p. 148.

reste la même, du moins en temps que législateur; la volonté privée, en effet, ayant joui du droit à elle accordé de s'exprimer, l'Etat s'est effacé volontairement devant elle, il n'a fourni que la formule générale incorporée par l'individu dans son contrat, faute de disposition à lui propre, comme il eût pu y incorporer par exemple un acte similaire antérieurement dressé par deux autres particuliers; au lieu de recopier telle disposition qui lui plaît dans une législation quelconque, il la fait sienne par un simple renvoi, et, en ce qui concerne la référence à nos anciennes coutumes, c'eût été un procédé qui eût pu devenir banal, si l'article 1390 de notre Code civil n'y eût mis bon ordre.

Aussi le juge ne tranche-t-il pas ici un conflit de loi en vertu de l'autonomie des parties contractantes; il applique simplement une volonté privée (1), car il ne saurait y avoir, en l'espèce, de loi supplétive ou interprétative, le législateur ayant limité d'avance le domaine de ces lois, au cas où la volonté privée serait exprimée ou imparfaitement exprimée; or, dans le cas qui nous occupe, elle est exprimée. Dès lors, ce n'est plus une loi qu'on applique encore une fois, c'est une simple formule à laquelle on se reporte: « Il est d'abord incontestable, ainsi que nous l'avons fait remarquer au n° 94, que les contractants sont libres d'adopter, comme pacte exprès, la loi étrangère sous laquelle les contrats ont été passés. Alors, ce n'est pas comme

(1) En ce sens, Jarassé, *op. cit.* (p. 49, n° 53, p. 53, n° 56).

loi qu'elle agit, même sur les immeubles situés dans un autre territoire, c'est comme convention, et tout le monde reconnaît que cette convention doit être exécutée partout, sauf les exceptions générales que nous exposons ci-après » (1). Aussi, remarquons-le en passant, cette clause est-elle très improprement nommée : clause de soumission volontaire.

Pratiquement, d'ailleurs, cette hypothèse ne rencontre que fort peu d'applications ; il se pourrait néanmoins qu'elle devienne plus fréquente, si, ainsi que le proposent certains auteurs (2), la loi faisait une obligation aux notaires de mettre les parties en demeure de s'exprimer sur ce point et de fixer d'avance, dans le corps même de l'acte, leur option pour telle ou telle législation.

§ II

LES PARTIES SE SONT IMPARFAITEMENT EXPRIMÉES OU NE SE SONT PAS EXPRIMÉES

En cas de volonté inexprimée, et nous ajoutons même en cas de volonté douteuse, mais peu importe pour l'instant, puisque nous avons admis que la solution serait, à ce sujet, la même dans les deux cas, en cas de volonté inexprimée par les parties contrac-

(1) Fœlix : *Traité de droit international privé*, T. I, p. 225.

(2) Laurent, dr. civ. int. (p. 389 et ss.); de Bœck, note sous arrêt, Paris, 7 déc. 1887, D. P. 1888, 2, 265 et suivantes.

tantes, quelle loi supplétive viendra combler les lacunes du contrat ? Telle est la question à nous poser : par exemple, un Anglais domicilié en Suisse, contracte avec un Allemand en France, sans exprimer, en aucune façon, quelle législation dispositive devra les départager en cas de conflit ; en vertu de quoi le juge devant qui sera porté le différend se prononcera-t-il en faveur de telle ou telle loi : anglaise, suisse, allemande ou française ? Devra-t-il, d'après les circonstances, se faire une religion sur l'intention probable des parties ou devra-t-il, au contraire, s'en remettre à une règle fixe : loi du domicile, loi nationale, loi du lieu du contrat, etc... ?

Au point de vue pratique, c'est l'éventualité qui se présente le plus souvent, et, au point de vue théorique, c'est certainement le point du problème qui a soulevé le plus de controverses, suscité le plus de théories ; entre toutes cependant, et pour procéder avec le plus de méthode possible, il faut distinguer deux tendances très nettement distinctes, deux manières toutes différentes d'envisager la question. Les uns en font une question de fait, les autres une question de droit ; les premiers cherchent la volonté des parties, les autres résolvent un conflit de loi. Aussi, avant d'aller plus loin, convient-il de résoudre ce premier point ; c'est d'ailleurs la manière de voir qu'exprimait M. Pillet et qui fit l'objet d'une motion d'ordre présentée à la séance de l'Institut international d'Edimbourg du mardi 27 décembre 1904 : « La seule question très nette qui se pose devant nous et que nous de-

vons résoudre avant tout, est celle-ci : Doit-on admettre des présomptions ? Une fois cette question résolue, la moitié de notre tâche sera accomplie, car j'ai la conviction que, ce point tranché, il nous sera facile de nous entendre sur le reste » (1).

« Les présomptions, dit l'article 1349 du Code civil, sont les conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. »

Toutes les fois que le juge ne peut pas percevoir directement la vérité, il lui est néanmoins possible, dans une certaine mesure, de la découvrir par le raisonnement, en établissant un rapport entre certains faits connus et le fait contesté ; c'est ce qu'on nomme présomption de faits ou présomption de l'homme (article 1353 Code civ.).

Aux présomptions de fait, on oppose les présomptions légales ; la loi, en effet, dans certains cas, fait elle-même le raisonnement qu'elle laisse habituellement à l'initiative du juge ; elle tient pour démontré le fait inconnu et donne au juge la solution fondée non sur l'événement particulier qu'il s'agit d'interpréter, mais sur ce qui arrive communément : *ex eo quod plerum que fit*, et nous venons d'ailleurs de voir, avec M. Saleilles, ce qu'il faut penser de l'intervention du législateur à ce sujet.

La motion de M. Pillet, comme on le voit, vise donc seulement les présomptions légales, par opposition

(1) Annuaire de l'Institut int., session d'Edimbourg 1904, p. 172.

aux présomptions de fait, et nous pouvons même formuler la question en d'autres termes en droit international ; Pour chercher la loi dispositive à appliquer au contrat lorsque les parties ne se sont pas exprimées à ce sujet, le juge aura-t-il recours aux présomptions de fait ou aux présomptions légales ?

Les deux systèmes ont trouvé des partisans dans la doctrine ; suivant l'idée que chacun se fait de l'autonomie des parties contractantes, il se prononce pour ou contre les présomptions légales. Et, logiquement, le problème devrait se résumer à cette alternative ; mais nous verrons cependant qu'il existe une troisième manière de voir, comprenant, en un assemblage malheureux, la théorie de l'un et la pratique de l'autre.

Le principe qui doit gouverner la question étant, disent les adversaires des présomptions légales, le principe de l'autonomie, on ne saurait admettre à aucun titre un système contraire à la liberté des parties contractantes. Il faut donc, sans restrictions, chercher la loi que les parties auraient pu choisir, et, pour ce faire, il faut que les juges aient toute latitude et s'inspirent des circonstances qui ont entouré le contrat.

Ce principe domine la doctrine actuelle et on le rencontre dans tous les ouvrages récents, sauf chez Foelix et Savigny, où il n'est pas exprimé.

A l'Institut de droit international privé, M. Roguin s'en est fait champion et s'est appliqué à soutenir cette théorie en un contre-projet dont il a défendu la teneur

en séance plénière dudit Institut, session d'Edimbourg, en septembre 1904.

L'article 5 de ce projet relatif à la question que nous étudions, est ainsi conçu : « Dans la mesure où il n'est en contradiction avec aucune disposition impérative ni prohibitive, le fond du contrat est soumis à la loi choisie expressément ou implicitement par les contractants.

» Si les contractants n'ont en aucune façon montré quelle était leur volonté à cet égard, le juge, examinant toutes circonstances de l'espèce, recherchera à quelle législation ils se seraient le plus probablement référés si leur attention s'était portée sur ce point. »

» Le juge examinera entre autres quel a été le lieu de la conclusion du contrat et quel est celui de son exécution. Il se préoccupera aussi du domicile et de l'indigénat des parties, surtout quand l'un ou l'autre sera le même pour tous les contractants. Il tiendra compte également de la concordance dans les solutions de deux ou plusieurs des lois en compétition. Et finalement, le juge prendra comme règle la loi lui paraissant répondre le mieux aux circonstances du cas concret, sans être lié par aucune présomption ni absolue, ni même seulement relative. »

Et, d'après M. Roguin (1), ce serait là le seul système qui respecterait vraiment l'autonomie des parties con-

(1) Roguin, A. 1904, 1-7-7. Dans le même sens, M. Streit, A. 1904, p. 163. En ce sens, Audinet, principes élém. de dr. int. priv., Paris 1906, p. 282.

tractantes, qu'il n'y a, d'après lui, aucun motif de méconnaître : les parties avaient, en effet, la faculté la plus absolue de choisir telle ou telle loi à leur convenance ; il n'est donc que rationnel que le tribunal ait également la faculté sans restriction de rechercher la loi que les parties auraient pu choisir et toute présomption serait évidemment la violation de cette liberté (1) ; ce serait, en effet, une règle fixe et immuable établie d'avance pour trancher un conflit dans lequel les parties auraient seules, d'après lui, le droit de se prononcer.

C'est la même appréhension que manifeste M. Rolin à l'égard des présomptions : car, pour lui, si elles peuvent souvent se trouver conformes à la réalité, elles seront, la plupart du temps, arbitraires, parfois même contraires à la volonté des contractants, et, dans la grande majorité des cas, inconnues des parties : car l'axiome en vertu duquel « nul n'est censé ignorer la loi », peu justifié en fait lorsqu'il s'agit de droit interne, serait tout à fait dénué de fondement, appliqué à une science aussi incertaine et hérissée de difficultés que le droit international privé. Les contractants seraient donc exposés à se trouver soumis, à leur insu, à une loi qu'ils n'auront pas librement choisie et leur volonté sera méconnue (2).

Il ne saurait en être autrement, d'ailleurs, car, raisonnablement, il est impossible au législateur de pré-

(1) En ce sens, Fiore, A., *dr. int. pr.* T. XX, p. 144.

(2) Rolin, *principe de dr. int. pr.*, T. I, p. 500 et 513 et ss.

sumer une volonté future et M. Roguin ne veut, pour preuve de l'inanité de la théorie qui préconise les présomptions, que le nombre et la diversité irréductible des systèmes élaborés par les partisans des présomptions.

Et que valent-ils, ces systèmes ? M. Roguin passe en revue les lois proposées : *lex fori*, *lex loci contractus*, loi du lieu de l'exécution du contrat, loi du domicile du débiteur, loi du commun domicile des parties, loi de la nationalité du débiteur, loi de la commune nationalité des parties, etc..., et de l'impossibilité d'appliquer. Jusqu'au bout aucune de ces théories générales, il conclut à l'impossibilité d'appliquer le principe et en déduit, avec Stobbe et de Martens, que la décision du juge doit être essentiellement affaire de cas particuliers (1); et si ces systèmes de présomptions, ajoutait-il, sont absolument insuffisants pour résoudre la question, et sont contraires, en fait, à la nature du contrat, ils sont, de plus, théoriquement absurdes. En se plaçant, en effet, sur le terrain de la présomption, nous avons plusieurs facteurs de solution : lieu de la conclusion du contrat, lieu d'exécution, domicile, nationalité, etc., etc.; or, un système de présomption amène toujours à choisir *un* de ces facteurs, contre lequel on peut concevoir que *tous* les autres sont groupés. Ainsi, deux personnes concluent un contrat en Angleterre ; mais on peut supposer que les contractants sont Au-

(1) A. 1904, p. 80.

trichiens, domiciliés en Autriche, que l'objet du contrat est en Autriche; autrement dit, à tel facteur de solution choisi, on peut toujours opposer tous les autres facteurs de solution qui devraient faire pencher la balance en sens contraire. On voit donc que tout système de présomption est essentiellement factice.

Et, en fait, dit-il d'autre part, à la même session, en parlant de la présomption proposée par M. Harburger (loi du domicile du débiteur), du moment que l'on est obligé d'admettre que le principe général est exposé à subir toute une série d'atténuations pouvant résulter de la nécessité pour le juge de respecter la bonne foi, la nature des choses, etc. : « Ne serait-il pas plus simple de renoncer à un principe susceptible de tant d'exceptions et de laisser au juge le pouvoir absolu de rechercher la loi que les parties auraient vraisemblablement choisie, sans se lier par une présomption quelconque ? » Et la manière de procéder que préconise M. Roguin, sans avoir tous ces inconvénients, n'est-elle pas, au contraire, comme la synthèse de tout ce que ces théories ont de vérité, puisque le juge peut, suivant les cas, faire appel à tel ou tel motif pour entraîner sa décision.

Un autre argument, d'ordre éminemment pratique, est apporté par M. Westlake en faveur de la liberté d'appréciation à laisser au juge : « N'imposons donc pas au juge l'application de cette loi. Je crains qu'en limitant le pouvoir d'appréciation du juge, on n'arrive pas au résultat désiré. Les juges ne se prêteront pas au système. Dans certains pays, comme en Angleterre,

par exemple, les juges se piquent de déterminer la volonté probable des contractants d'après tous les éléments de la cause; leur expérience et leur connaissance des affaires les ont tout spécialement préparés à cette recherche. Ils ne se laisseront pas forcer la main par des présomptions légales; ils continueront à découvrir la volonté *probable* des parties, sauf à baser leurs sentences sur des prétextes invoqués pour les besoins de la cause, en vue de se conformer en apparence au système légal. Ne touchons donc pas à leur pouvoir d'appréciation » (1).

Et, enfin, à tous ces arguments, tant pratiques que logiques, les adversaires des présomptions légales ajoutent un argument de droit positif : il ne peut y avoir de présomption légale sans un texte législatif qui l'établisse (2) ; l'article 1350 du Code civil proclame ce principe : « La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits.... »

Constatons, avant d'aller plus loin, que même les adversaires de M. Roguin se sont plu à rendre à son système cette justice qu'il est logique, qu'il est même le seul logique. Avouons simplement que M. Roguin est logique avec lui-même, avec l'idée qu'il se fait de l'autonomie ; mais pour nous qui n'envisageons pas de la même façon, ainsi que nous l'avons exposé plus haut,

(1) A. 1904, p. 168 et 169.

(2) Laurent, droit civ. int., T. II, p. 388 ; Audinet, princ. élém. de dr. int. priv., p. 283.

la prétendue autonomie des parties contractantes, il nous paraît non seulement pratique, mais encore absolument logique d'adopter une solution diamétralement opposée à la sienne. Aussi, M. Harburger nous semble-t-il émettre une appréciation plus exacte de la différence qui sépare les deux théories lorsqu'il dit : « L'opposition entre les thèses de M. Roguin et les miennes se ramène en dernière analyse à l'opposition qui surgit tout naturellement entre l'idéal et le possible » (1).

Encore une fois, nous ne nions pas, en effet, qu'il serait infiniment préférable que les parties aient fixé une loi et que le juge puisse découvrir leur volonté, mais, en fait, on peut dire *à priori* qu'il n'est pas possible, dans la plupart des cas, de découvrir une volonté cachée ; nous ne parlons pas ici, bien entendu, de la volonté implicite, il s'agit simplement de la volonté inexprimée et nous allons plus loin, théoriquement, à notre sens une pareille recherche n'est pas fondée juridiquement. Comme nous l'avons exposé longuement au chapitre précédent, en étudiant la théorie de M. Saleille, partagée sur ce point par M. Stammler et M. Pillet, il n'est pas possible, en fait, d'interpréter le silence des parties et pour une bonne raison c'est que souvent les parties n'ont rien voulu et que même si elles ont voulu on ne saurait donner un sens à leur silence.

Par conséquent, pratiquement, il faut avouer que tout ce qu'il sera possible de faire ce sera de remplacer

(1) A. 1904, p. 137.

la volonté absente, mais il serait puérile, et aussi loin de la réalité, de supposer une volonté qui peut-être n'a jamais existé.

Théoriquement, il serait de plus souverainement injuste de s'y essayer, car ce mode d'interprétation est une entorse à la loi et un danger pour les contractants.

Les tribunaux, disent les partisans, de l'autonomie, doivent avoir la faculté sans restriction de rechercher la loi que les parties auraient pu choisir comme les parties avaient la faculté la plus absolue de choisir telle loi à leur convenance. On ne saurait admettre l'analogie. Lorsque les parties ont contracté, elles étaient libres, en effet, de s'imposer mutuellement leur volonté. Mais une fois le contrat signé, après qu'elles en ont fixé les termes par leur « déclaration respective de volonté », elles ont épuisé leur pouvoir sur ce contrat ; il leur échappe pour l'avenir. Leur volonté psychologique est devenue une volonté juridique, la seule qui compte entre les contractants, la seule que la loi ait à connaître. Elles ont conçu le contrat en commun, mais une fois né, il a une vie propre qui ne participe plus à leur vie subjective : c'est l'*immutabilité* intangible, sans le consentement unanime des contractants, sur laquelle repose la garantie mutuelle des parties : « Cette loi a, désormais, une existence, indépendante de celui qui l'a émise ; elle est un acte de volonté ; mais elle n'est pas une traduction de psychologie interne ; elle est une charte destinée à la réglementation des intérêts en cause. Elle doit s'appliquer de la façon dont ces intérêts l'exigent, en tenant compte des usages, des nécessités de crédit et des

lois de l'équité » (1). Si donc la volonté d'une des parties est incomplète, on ne saurait, sans risque d'être injuste vis-à-vis des autres parties, remonter à la source psychologique ; car, vis-à-vis de la loi, et dans l'esprit des autres contractants, cette source doit être définitivement tarie une fois la déclaration de volonté terminée. Les parties ont usé de leur autonomie au moment de la conclusion du contrat ; à ce moment, elles avaient le droit d'exprimer leur volonté ; mais ce droit, pour chaque cas particulier, ne survit pas à l'usage qu'elles en ont fait dans ce même cas. Il s'incarne tout entier dans l'expression juridique qui lui est donnée et une fois le contrat passé une partie serait irrecevable à venir développer et éclairer sa pensée douteuse. Or, le juge, même aux yeux des partisans de l'autonomie, n'a pas plus de droit à ce point de vue que chacun des contractants. Il ne saurait donc se prévaloir de leur liberté contractuelle pour compléter leur volonté juridique par leur volonté psychologique. Pratiquement, d'ailleurs, cette recherche, nous le verrons, serait inefficace, la perception de la volonté psychologique ne pouvant jamais dépasser, pour le juge, le degré, de la probabilité.

Mais, d'ailleurs, à proprement parler, la source psychologique est bien tarie, en effet, et le juge en y recourant ne fait autre chose que le vain simulacre d'y puiser. Car, en somme, le cas non seulement possible, mais probable, le cas courant, c'est celui où l'acte de

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 216.

volition recherché n'a effectivement pas eu lieu entre les parties. Le juge ne saurait donc découvrir ce qui n'a jamais existé ; il serait, par conséquent, obligé de former lui-même, par sa propre volonté, la fraction du contrat que les parties avaient passé sous silence ; il le ferait en s'inspirant des circonstances. je le veux bien, mais le complément du contrat n'en resterait pas moins, non pas la résultante de ces circonstances, mais le produit du libre arbitre du juge et théoriquement cela n'enlève pas à la chose son caractère arbitraire et illégal.

Aussi bien, la seule question qui puisse se poser est la suivante : est-ce le juge, est-ce l'Etat qui doit suppléer à l'absence de cette volonté ? Or, c'est mettre en cause l'existence et la légitimité des présomptions légales en général. Mais poser ainsi la question, c'est la résoudre et si les partisans de l'autonomie s'étaient ainsi mis en présence de la réalité des faits, il est à croire qu'ils ne s'en seraient pas tenus à une doctrine qui, encore un coup, est plus proche de l'idéal que du possible.

Convient-il de s'arrêter à l'argument de droit positif : pas de présomption légale sans texte. Tout dépend du rôle que l'on attribue au juge en matière de conflit de droit international privé.

Un magistrat français, qui a devant lui deux de ses compatriotes ayant contracté en France, n'a aucune qualité pour suppléer leur intention inexprimée et en fait peut-être inexistante; nous venons de nous expliquer sur ce point. Il applique simplement la loi supplétive. Au lieu de deux Français, il se présente devant lui un Français et un étranger ; sa mission change-t-elle ? Il aurait le

choix entre deux lois supplétives et de ce choix dépend l'application de ces mesures réglées minutieusement en droit interne. En d'autres termes, en droit international, il deviendrait à peu près complètement maître de l'interprétation du contrat. Est-ce plausible ?

En fait, les inconvénients de son arbitraire ne seraient pas moins grands qu'en droit interne ; mais, théoriquement, d'ailleurs, si nous admettons, et nous nous sommes efforcés à le démontrer, qu'en cas de volonté inexprimée le devoir du juge est de constater le silence des parties et d'appliquer une loi supplétive, le législateur statuant par voie d'autorité, il faut se rendre compte que le juge devant qui est porté le différend international n'a plus devant lui qu'un conflit de loi à résoudre, et comme nous l'avons dit plus haut, chaque fois qu'on est en présence d'un conflit de loi, il ne peut être question de le trancher par une présomption de volonté.

En résumé, le domaine de l'autonomie est un domaine de fait ; or, si même en matière contractuelle les parties ne se sont pas exprimées, elles ne sont plus dans ce domaine, dès lors, le conflit ne leur appartient plus. Il appartient aux Etats en cause qui interviennent, non pas sans doute au nom de l'intérêt public, mais au nom de l'intérêt privé : c'est un conflit entre droits communs différents, il n'y a pas à savoir quelle loi les parties ont voulu, il s'agit de trouver simplement à quelle loi elles sont soumises et la règle d'après laquelle le juge prononcera, le critérium qui fixera son choix : c'est ce que nous appelons une présomption. La solution du problème en droit international découle donc tout naturel-

lement, de la conception que l'on se fait du principe de l'autonomie des parties contractantes en fait et en droit (1).

Dès lors, on le voit, l'objection tirée de ce qu'il ne peut y avoir de présomption légale sans texte législatif ne se conçoit plus, car il s'agit dans l'espèce d'une règle de droit international, un critère auquel on reconnaît la loi applicable à une situation juridique. Evidemment, une loi positive eût pu prescrire au juge dans le cas qui nous occupe, le choix de telle ou telle loi supplétive ; mais il n'est pas nécessaire qu'elle le fasse pour que chaque législation s'étende suivant sa sphère d'application normale. Il n'existe pas toujours non plus de texte positif réglant l'application internationale des lois prohibitives ou impératives des différents pays ; on suit pourtant une règle indépendante de la volonté des parties en cause.

Evidemment, il serait à souhaiter qu'une conférence internationale présentât un système de présomption à l'assentiment des nations (2) et, en tout cas, il serait de toute nécessité que la jurisprudence, guidée par la doctrine, vienne combler dans ces questions de droit international privé les lacunes que présente la loi écrite (3).

(1) Dans ce sens, A. de Reuterskiöld : *La loi qui doit régir les obligations contractuelles, d'après le dr. int. priv.* (Clunet 1899, p. 662.)

(2) Annuaire 1908, p. 71.

(3) Pratiquement Laurent arrive au même résultat en disant : le juge devra se référer à la tradition : il remettra en vigueur l'ancienne théorie des statuts (Laurent, dr. civ. int., T. II, p. 389 et ss.)

Devons-nous, enfin, nous laisser arrêter par cette considération que la présomption peut être dans le cas d'opposer un seul facteur de solution à tous les autres ? On pourrait, à la rigueur, et certains systèmes l'ont admis, poser en principe que la présomption sera déterminée par la concordance de plusieurs facteurs ; mais, en admettant même que le cas se produise, on ne saurait nous en faire grief, tandis que semblable reproche peut être fait, à juste titre, à la thèse que nous combattons. Toutes les circonstances connues du juge peuvent, en effet, entraîner sa religion dans une direction donnée, alors qu'une seule, insignifiante et en fait inaperçue, aurait pu déterminer les contractants dans un autre sens. Et si, pour les partisans du premier système, ce résultat est, en effet, illogique, pour ceux qui admettent les présomptions il n'a rien qui puisse choquer : ce que cherchent ces derniers, en effet, ce n'est pas la plus grande chance de se rencontrer avec une volonté probable, non, c'est simplement une loi supplétive, une règle fixe, connue d'avance, la même pour tous et dont le choix serait déterminé par un critérium, toujours le même.

Que dire de la préoccupation de M. Westlake ? Si respectable qu'elle puisse paraître on ne saurait, néanmoins, s'y arrêter, car elle correspondrait un peu au doute qui pourrait naître chez le législateur sur l'utilité de faire des lois étant donné que les juges de paix, par exemple, ne veulent juger, la plupart du temps, que suivant l'équité.

Quant à la multiplicité des systèmes de présomption,

que M. Roguin considère comme un signe de leur impuissance, il faut, au contraire, y voir la preuve de la nécessité urgente de trancher ce conflit par une règle fixe.

Théoriquement, il n'y a donc rien qui choque, à voir la loi se substituer à l'individu lorsque celui-ci n'a pas pris le soin de régler lui-même ses propres affaires ; il ne s'agit, en effet, ici que d'une présomption *juris tantum*, en ce sens que la manifestation, même tacite, de la volonté effective des parties prévaudra toujours contre elle et devra être respectée. Pratiquement, d'autre part, les avantages des présomptions sont incalculables et suffiraient presque à eux seuls à en légitimer l'usage, « il y a un avantage pratique considérable à agir ainsi, conclut M. A. Rolin dans son rapport présenté à la session de Florence en 1908. Si le juge n'est lié par aucune règle et si un doute surgit après que le contrat a été conclu et dans le cours de son exécution sur l'applicabilité de telle ou telle loi les parties ne sauront pas elles-mêmes à quoi s'en tenir. Elles seront livrées à toutes les incertitudes. Il leur sera impossible de pressentir ce que les juges pourront décider, ignorant absolument d'après quelles présomptions ils se guideront le cas échéant » (1). C'est l'incertitude perpétuelle : « Même renfermée strictement dans son domaine, l'application de la loi d'autonomie introduit dans les transactions et les relations diverses de la vie internationale un élément

(1) Annuaire de dr. int. priv., XXII (1908), p. 70.

d'incertitude qui porte atteinte au crédit, entraîne des méprises et des embarras de tous genres et devient trop souvent une source de procès » (1). C'est une véritable mise en demeure de plaider pour les contractants chaque fois qu'ils voudront faire préciser le statut de leur contrat.

Mais, sans parler, d'ailleurs, de cet inconvénient, tous ne peuvent pas user de ce recours à la justice. Le testateur, par exemple, pour lequel la recherche de volonté ne pourra être effectuée qu'après son décès, ne saura jamais quelle expression la justice voudra bien donner à ses dernières volontés, dans ce qu'elles pourraient avoir de caché. Dans ce cas, en particulier, la présomption est donc une nécessité, si le *de cuius* n'avait pas fait de testament, trouverait-on une seule législation qui prescrive au juge de rechercher quelle a pu être la volonté du défunt ? Aucune, toutes recourent à une présomption, pourquoi en agir autrement en cas de testament incomplet ?

Au contraire, la détermination des présomptions est de nature à augmenter la certitude des faits juridiques et à diminuer le nombre des procès.

Ce sont tous les avantages pratiques des présomptions, correspondant chacun à un inconvénient dans la thèse adverse, qui ont entraîné certains partisans de l'autonomie à admettre ce qu'ils considéraient comme un palliatif à l'arbitraire du juge.

(1) Aubry : *Le domaine de la loi d'autonomie*, dr. int. priv., Clunet 1896, p. 743.

Nombre d'auteurs, en effet, ainsi qu'une certaine jurisprudence, désireux de respecter envers et contre tout l'autonomie des parties contractantes, et sentant, d'autre part, la nécessité pratique d'une règle fixe, ont eu la pensée de combiner ces deux systèmes.

A ce point de vue, l'Institut de droit international a été tout particulièrement hanté par ces justes préoccupations et a évolué successivement autour des deux pôles adverses pour finir, malheureusement, par essayer de les rapprocher : c'est ainsi qu'à la session d'Edimbourg, en 1904, M. Dicey, partisan comme M. Pillet, de l'application, en cas de doute, sur la volonté des parties contractantes, d'une loi fixe, en l'espèce la loi du lieu de formation du contrat, soutint, dans le désir de concilier cette manière de voir avec celle de M. Roguin, partisan convaincu de l'autonomie, un amendement destiné à modifier dans ce sens la proposition Roguin : « Au cas où le juge ne trouverait ni dans les éléments du contrat, ni dans les circonstances énumérées dans le paragraphe 51 d'indications certaines touchant la volonté des parties, la loi applicable sera celle du lieu de formation du contrat » (1). M. Dicey avoue, en effet, que si le système de M. Roguin l'a séduit parce qu'il permet au juge de tenir compte de toutes les circonstances de fait dans lesquelles se forment les contrats, il ne croit, cependant pas qu'il faille laisser au juge un pouvoir d'appréciation

(1) A. 1904, p. 165.

absolu. « On se fait illusion, ajoute-t-il, très judicieusement, quand on s'imagine qu'en ces matières la volonté des parties est tout. Dans la réalité de la vie pratique, le plus souvent les parties n'ont pas envisagé toutes les hypothèses ; si elles ont envisagé quelque éventualité, c'est ce que tout marcherait à la satisfaction réciproque. Dès lors, en l'absence de toute volonté explicite ou implicite de la part des contractants, il est parfaitement rationnel d'établir une règle fixe : la certitude dans le règlement des devoirs réciproques est chose trop précieuse pour la négliger » (1). A cette dernière partie des considérants de M. Dicey nous souscrivons sans réserve ; en quelques mots, elle exprime notre manière de voir mieux que nous ne l'avons su faire. Mais ce dont nous nous permettrons de douter, c'est qu'il puisse arriver au but qu'il se propose d'atteindre en incorporant une présomption, pour ainsi dire subsidiaire, au système de M. Roguin. L'amendement est formellement contraire au principe de la proposition qu'il a pour but de rectifier et, de plus, il est inopérant : si le juge, en effet, est libre de rechercher dans les circonstances la volonté incertaine, il pourra toujours s'y faire une conviction et déclarer sa religion assez éclairée sans le secours d'une présomption ; dès lors, il est illusoire d'établir cette présomption dans le but d'écarter l'imprévu résultant de l'arbitraire du juge, si cette présomption elle-même

(1) A. 1904, p. 166.

peut être écartée arbitrairement par le juge (1). En tout cas, pour ces motifs ou tous autres, l'Institut de droit international écarta l'amendement de M. Dicey et se ralliant à la manière de voir de M. Pillet vota, en sa séance du 18 septembre 1904 (2), la motion d'ordre déposée par le savant professeur : « La question de principe touchant l'interprétation des conventions, quant à la loi applicable paraissant avoir été suffisamment approfondi, l'Institut décide de voter sur le point de savoir si, à défaut de volonté certaine des parties, on admettra des présomptions *juris tantum*. » Cette motion était de nature à dissiper toute confusion et à rendre singulièrement fécond le travail de l'Institut en coordonnant ses efforts vers la recherche de la meilleure présomption. MM. Harburger et von Bar s'expriment, d'ailleurs, excellemment à ce sujet (3) : « Quand on résume les résultats de la discussion qui a eu lieu à Edim-

(1) En ce sens, Laurent : « Les présomptions de l'homme donnent aux Tribunaux un pouvoir discrétionnaire, ce qui est contraire à l'esprit de notre législation moderne. Le législateur a voulu abandonner le moins possible à l'arbitraire du juge ; or, tout serait devenu arbitraire si la loi lui avait permis de décider d'après les présomptions qui sont nécessairement abandonnées à son appréciation ; si les présomptions étaient une preuve de droit commun, elles auraient absorbé toutes les autres preuves, rien n'étant plus facile que de juger suivant les faits et les circonstances de la cause. » Laurent XIX, § 624, p. 644.

(2) Session d'Edimbourg, A. 1904, p. 172 et ss.

(3) Annuaire 1908, p. 110.

bourg sur les propositions de la X^e Commission, il est tout d'abord à constater qu'ils n'ont pas été — comme on le croirait — purement négatifs. L'Institut a décidé une question préalable de principe en adoptant la motion d'ordre proposée par M. Pillet que, à défaut de volonté, certaines des parties, il faut admettre des présomptions (*juris tantum*) quant à la loi applicable à l'interprétation d'une convention.

» Ce parti a été pris après que dans un débat approfondi MM. Pillet, Fiore, Dicey, le rapporteur, et du moins jusqu'à un certain degré, M. Westlake eurent défendu contre M. Roguin l'opinion que — même étant laissée aux parties contractantes la liberté de soumettre leur obligation à la loi qui leur convient — il y a beaucoup de cas où les contractants n'ont rien dit ni rien laissé entendre à cet égard et que, pour de tels cas, si l'on veut faire un droit pratique, il faut procurer la certitude en établissant une règle fixe, c'est-à-dire en se fondant sur une présomption. M. Dicey y avait consenti sans aucune réserve, tandis que M. Westlake avait attribué aux juges de certains pays, notamment aux juges anglais, la sagacité d'esprit nécessaire pour découvrir en tout cas la volonté probable des parties.

» Espérons que l'Institut soutiendra sa résolution. Vu le développement énorme qu'a pris le commerce de nos jours, il est indispensable que des questions semblables du droit international soient autant que possible jugées partout selon des règles égales, que l'on évite de même dès le commencement la naissance de différends entre

lès parties et que celles-ci, supposé qu'elles aient les connaissances nécessaires des choses, soient à même de prévoir par elles seules, et sans devoir recourir à un juge, quelle est la loi qu'il faudra appliquer à leurs relations pour perfectionner leur pacte et pour aplanir à l'amiable des difficultés. Etablir dans ce domaine des règles certaines et fixes, rendre les parties indépendantes du hasard suivant lequel tel ou tel juge serait appelé à décider leur litige ; c'est faciliter le commerce entre les nations, c'est garantir l'impartialité et la possibilité d'exécution des jugements des divers Etats l'un dans l'autre.

» Ceux qui veulent exclure toute présomption et en préconisant la soi-disant autonomie des parties, laisser au juge le soin de rechercher la loi à laquelle les contractants ont eu l'intention de se référer, méconnaissant qu'ils empirent la situation, parce que, par un tel système, au lieu de faire disparaître les doutes et les controverses fâcheuses, on les perpétuerait. De plus, ils se méprennent en admettant que par l'adoption d'une présomption, le législateur ou une future conférence de La Haye porterait préjudice à la liberté des contractants. Au contraire, la présomption, à elle seule, ne lie pas du tout les parties et ne les empêche point de choisir une loi interprétative à leur volonté ; d'autre part, elle a l'avantage d'appeler leur attention sur ce point, ce qui, souvent, entraînera la conséquence désirable que les parties feront des conventions expresses sur le droit supplétif. »

Il semble donc qu'on puisse considérer aujourd'hui

ce point comme acquis (1) : lorsque la volonté des parties ne se manifeste pas clairement, il sera juste d'adopter des présomptions propres à combler cette lacune.

(1) Bien que l'Institut à la session de Florence ait peut-être atténué sa décision prise à Edimbourg sur l'intervention de M. Pillet, par le vote d'un texte de M. Albéric Rolin (voir A., T. XXII, p. 258, et le texte, p. 290).

CHAPITRE III



LA DOCTRINE

CHAPITRE III

DOCTRINE

Depuis que Dumoulin a dégagé le principe de l'autonomie (1), les théories se sont succédées nombreuses pour déterminer la loi dispositive à appliquer au contrat dans le domaine de cette autonomie. La difficulté est d'autant plus grande de les grouper en quelques systèmes typiques que non seulement les solutions qu'elles donnent offrent une grande diversité, mais qu'elles dérivent encore des principes opposés que nous venons d'exposer : les unes, en effet, comme nous l'avons vu, respectueuses de la liberté individuelle, respectueuses par suite de l'arbitraire du juge, pensent éclairer simplement ce dernier en lui signalant, mais uniquement à titre d'indication et sans porter atteinte à sa liberté d'interprétation, les circonstances les plus propres à in-

(1) *Molinæi opera, Consilium LIII*, p. 2512, édition de MDCXXIV, explication de la loi *Cunctos Populos* (Conclusions de *Statutis et consuetudinibus localitus*) Livre I du Commentaire du Code de Justinien, Titre I, de *Summa trinitate*, p. 7, *Molinæi opera, Tomus Tertius*,

diquer la volonté des parties contractantes. Les autres, au contraire, tout en lui désignant ces mêmes circonstances, ou d'autres encore, y voient une raison prépondérante de choisir telle ou telle loi dispositive en cause, et les érigent, en un mot, en véritables présomptions.

Nous nous efforcerons d'étudier ces différents systèmes en indiquant autant que possible la force déterminante que leur auteur entend y attacher ; mais, d'ailleurs, comme nous l'avons déjà fait remarquer, seuls 4 Félix Savigny de Bar, M. Harburger et M. Pillet (1) ont vraiment exprimé l'idée, qu'ils entendaient émettre des présomptions.

Jusqu'à Dumoulin, c'est-à-dire environ jusqu'à la première moitié du xvi^e siècle, on avait généralement admis, sous l'influence du droit romain, que la loi applicable à la substance des contrats était celle du lieu où le contrat s'était formé (2). Et l'on se fondait sur la loi *si fundus* au titre de *évictionibus* du digeste où il est dit que dans une vente la garantie est due conformément à l'usage du lieu où se fait la vente. Le texte du jurisconsulte Paul écrit pour solutionner une question de droit interne était donc appliqué à tort à la solution d'un conflit de droit international. Aussi, sans même nous arrêter à critiquer le côté factice d'une pareille solution, remarquons simplement qu'à cette époque il n'était pas

(1) Annuaire de l'Inst. de dr. int., 22 vol., session de Florence, p. 91.

(2) Lainé, introduc. au dr. int. priv., Paris 1912, T. I, p. 223.

question de l'autonomie de la volonté des parties contractantes et qu'il s'agissait simplement de trancher un point de droit semblable, en somme, à celui que tranche aujourd'hui la règle *locus regit actum*.

Il est juste d'observer, toutefois, qu'avant Dumoulin un jurisconsulte, Rochus Curtius (1) (1495) avait senti que la volonté des parties contractantes pouvait être une raison de choisir la loi dispositive applicable au contrat et il donnait, dans son traité des statuts, comme raison de la prépondérance de la *lex loci actus* en matière contractuelle le motif que les parties peuvent être considérées comme ayant implicitement consenti à l'application de cette loi.

Mais Dumoulin s'éleva, néanmoins, le premier au principe qui, durant près de quatre siècles, a dominé la matière des obligations en droit international privé : dans le domaine du contrat, dit-il, la volonté des parties est souveraine, lorsqu'elle n'est pas exprimée, il faut la chercher dans les circonstances qui l'ont accompagné. Ici, s'arrête, d'ailleurs, l'initiative de Dumoulin et s'il fit de cette idée des applications caractéristiques dans le contrat de vente, les conséquences qu'il en tire dans la célèbre question de l'effet extra territorial du statut de communauté, en procédant moins directement qu'elles ne dérivent des préoccupations statutaires de l'époque et la confusion qui s'établit dans son esprit à ce sujet a subsisté longtemps après lui : c'est ainsi que le Pré-

(1) Lainé, op. cit., p. 203.

sident Bouhier (1) fut amené à formuler cette proposition absolue où le malentendu s'accuse tout entier : « Tout statut sur la convention tacite ou présumée des contractants est personnel » (2).

Il ne faut pas attendre de d'Argentré, partisan convaincu de la réalité des coutumes, qu'il donne à la volonté une part plus grande dans le choix de la loi applicable au contrat. Retenons, toutefois, cet aperçu très judicieux sur la différence entre la volonté expresse et la volonté inexprimée : en fait, remarque-t-il, ceux qui ne se sont pas exprimés n'ont souvent pas pensé à le faire et, en droit, ils n'en étaient quelquefois pas capables. Au point de vue théorique, il ne diminue donc pas le rôle de la volonté, et, au point de vue pratique, il a le mérite de le ramener à ses justes limites.

Les ouvrages des auteurs du xvii^e siècle ne jetèrent pas une clarté particulière sur la nature et le domaine de l'autonomie, au commencement du siècle on retrouve, cependant, la même distinction sous la plume d'un jurisconsulte belge Bourgoigne, dit Burgundus : il place la volonté inexprimée hors du statut d'autonomie : « Si les parties ne se sont pas clairement expliquées, disait-il, il faut suivre les lois et usages du lieu où le contrat a été passé, ce que les contractants ont omis est suppléé par la loi qui est le régulateur de l'Etat

(1) Aubry, Clunet 1896, p. 466.

(2) Dans l'intervalle pourtant Jean Voet avait eu le mérite de dégager la différence entre ces deux ordres d'idées,

et dont la voix est entendue par les nationaux comme par les étrangers, qui se trouvent dans le pays et qui ne peuvent s'excuser de leur ignorance ; si l'individu ne s'est pas clairement exprimé dans le texte du contrat, il est censé s'en être rapporté à la loi » (1). Mais cette manière de voir ne semble pas avoir trouvé d'écho tout au moins immédiatement dans la doctrine et vers la fin du même siècle Jean Voet, à qui l'on reconnaît, d'autre part, le mérite d'avoir su mieux que Dumoulin détacher l'autonomie du statut personnel consacra pleinement la confusion entre la volonté tacite et la volonté problématique ; pour lui : « La volonté tacite ou la volonté présumée » auront la même puissance que la volonté exprimée (2).

Au XVIII^e siècle, la notion de l'autonomie ne s'éclaircira pas non plus notablement. Et dans les travaux des jurisconsultes de cette époque, on verra se combiner les deux tendances opposées qui s'étaient déjà manifestées dans la doctrine de l'Ecole Italienne et dans celle de Dumoulin ; tout en reconnaissant que l'on doit tenir compte d'un élément essentiellement variable : l'intention des parties, la généralité des auteurs cherche à faire dépendre autant que possible d'une règle fixe la loi applicable à la substance de la convention.

A l'heure actuelle, c'est encore là que se localise le conflit : la jurisprudence, ainsi qu'une grande partie

(1) *Tractatus* 4, § 8 de son ouvrage *Consuetudines Flandriæ aliarum que Gentium controversiarum* (Lainé, T. I, p. 401).

(2) Commentaires sur les Pandectes. Liv. I, T. IV, n^o 19.

de la doctrine, nettement sous l'influence du dogme intangible de l'autonomie, se préoccupe exclusivement de la volonté des parties contractantes pour justifier l'application de telle ou telle loi supplétive.

Or, légitime dans son principe cette préoccupation devient excessive, nous l'avons vu, lorsqu'elle s'attache, à l'aide d'un calcul de probabilités plus ou moins spécieux, à attribuer un sens quelconque à une volonté inexprimée voire même inexistante (1).

Et si, à l'heure actuelle, le travail de la doctrine peut être considéré comme infécond à ce sujet, puisqu'aucune théorie ne bénéficie de l'adhésion générale au moins quant à son principe, c'est que nombre d'auteurs s'attachent encore aujourd'hui à surmonter la difficulté pratiquement insurmontable, qui consiste à combiner les présomptions légales avec l'interprétation des circonstances ?

Pour classer les multiples systèmes qui ont été émis depuis un siècle, sur cette question, le plus simple est d'envisager successivement les différents cas qui peuvent se présenter : on distingue, en général, deux séries d'hypothèses :

1° Les parties contractantes ont même nationalité ou même domicile ;

2° Elles n'ont ni même nationalité ni même domicile.

(1) En ce sens, M. Pillet.

I

Les parties contractantes ont même nationalité ou même domicile. Cette première hypothèse peut elle-même présenter différentes combinaisons.

Supposons tout d'abord que les contractants aient et même nationalité et même domicile : deux Italiens, par exemple, domiciliés en Italie, contractent en France sans s'exprimer clairement sur la loi dispositive qu'ils désirant voir appliquer à leur contrat ; dans cette espèce il n'y a pas d'hésitation ; on appliquera la loi italienne. Presque tous les auteurs sont d'accord sur ce point (1).

Une seconde combinaison peut se rencontrer : les parties contractantes ont même nationalité et même domicile, mais dans deux pays différents : deux Italiens domiciliés tous les deux en Suisse contractent en France.

En cas de communauté de domicile ou de nationalité, les auteurs s'accordent, en général, à donner la préférence à la loi nationale ou domiciliaire sur celle, par exemple, du lieu de formation ; mais, dans le cas présent, le conflit est localisé justement entre la loi du domicile et la loi nationale ; il met aux prises deux doctrines : l'Ecole Italienne décide que la loi nationale doit l'emporter sur la loi du domicile et en France cette théorie a trouvé des adeptes.

(1) M. A. Rolin prescrit au juge de déduire d'abord la détermination de la loi à appliquer, comme droit supplétif, de la nature du contrat ou de la situation relative des parties et ce n'est que subsidiairement qu'il indique la présomption en question, A. 1908, p. 105 et 106.

M. Weiss donne les raisons de cette préférence ⁽¹⁾ observant, toutefois, que la présomption qu'il indique en faveur de la loi nationale comme en faveur de tout autre d'ailleurs, ne devra avoir rien d'inflexible ; que si le juge croyait trouver dans les circonstances entourant le contrat, un motif de se prononcer pour la *lex domicili* il ne faudrait pas qu'il se croit lié en quelque façon que ce soit : si, par exemple, les parties avaient quitté depuis longtemps leur patrie, le juge pourra, eu égard à cette circonstance appliquer la *lex domicili*. Mais d'une façon générale, néanmoins, la loi nationale, dit-il en substance, doit l'emporter sur la loi domiciliaire, car elle est mieux appropriée au tempérament et aux mœurs des contractants. De plus, le lien de nationalité est plus stable et moins facile à rompre ; l'établissement d'un domicile, au contraire, peut être affaire d'un jour et rien ne prouve qu'il entraîne la connaissance d'une loi ⁽²⁾.

C'est la même manière de voir qu'exprime M. Despagne : « Une première présomption fort naturelle, c'est que les contractants ont voulu accepter l'application de leur loi nationale quand ils ont tous la même nationalité cette loi, leur est, en effet, commune et c'est elle qu'ils connaissent généralement le mieux » ⁽³⁾. Mais lui con-

(1) Weiss : *Traité théorique et pratique de dr. int. priv.*, T. IV, p. 348.

(2) Weiss, *op. cit.*, T. III, p. 70 et ss., et T. IV, p. 354, et Surville et Arthuy, *op. cit.*, p. 256, et Surville, *Journal de dr. int. pr.* 1891, p. 189.

(3) Despagne et de Bocck, *Précis de dr. int. priv.* 1909, p. 881.

sidère la règle qu'il donne comme une présomption, présomption *juris tantum*, d'ailleurs susceptible de la preuve contraire.

Ajoutons, enfin, qu'à la session de 1904 de l'Institut de droit international, à Edimbourg, M. Pierantoni a émis la même opinion « si les personnes sont de même nationalité, leurs contrats, sauf stipulations expresses de leur part, sont régis par leur loi nationale » (1).

La loi du domicile a pourtant ses partisans : du seul fait que deux contractants, en effet, ont la même nationalité, on ne peut pas, nécessairement, inférer leur intention de se soumettre à leur loi nationale qu'ils ne connaissent peut-être même pas, surtout s'ils sont domiciliés à l'étranger depuis longtemps. Tandis qu'au contraire, un domicile commun (2) peut, à juste titre, créer une présomption en faveur de la *lex domicili* : c'est donc cette loi de leur domicile commun que les parties • doivent être présumées avoir choisie.

M. Chausse va même jusqu'à la recommander dans tous les cas : « La loi du domicile commun, dit-il, doit l'emporter sur la loi nationale commune, parce qu'elle est plus familière aux parties (3), que c'est à elle qu'elles

(1) Ann. de dr. int., 20^e vol., p. 149.

(2) M. Jarassé fait remarquer qu'il ne saurait s'agir que du domicile réel, centre des affaires par opposition au domicile élu, qui n'est en quelque sorte qu'une formalité légale et du choix duquel on ne saurait inférer l'intention des parties de se rapporter à la loi. (Jarassé, p. 58 et ss.)

(3) En ce sens, Asser et Rivier, *Eléments de dr. int. priv.* n° 95, p. 73 et 188.

ont dû songer ; qu'enfin, dans le domaine des actes volontaires, le domicile, émanation de cette volonté, a pleine qualité pour la caractériser et l'exprimer » (1). En somme, pour lui, c'est presque l'indice d'une volonté tacite.

M. de Bar donne également la loi du domicile comme préférable ; aussi, à la session de 1908 de l'Institut de droit international s'associe-t-il au projet de M. Albéric Rolin (2), du moins, en ce qu'il vise la loi domiciliaire : « Si la nature du contrat, dit l'article 3 de ce projet, ni la situation relative des biens ne révèle la loi à laquelle les parties auraient éventuellement donné la préférence, le juge aura égard à la loi de leur domicile commun, à défaut de domicile commun à leur loi nationale commune et si elles n'ont ni domicile commun ni nationalité commune à la loi du lieu de contrat (3) » et, comme nous l'avons vu M. de Bar entend par là établir une véritable présomption.

C'est encore la même idée qu'il faut découvrir dans le texte de l'article 3 de l'amendement proposé par M. Fiore à la session de 1904 de l'Institut du droit international « si les parties ont le même domicile la loi du domicile commun est réputée *lex loci contractus* (4) ; on peut se demander, d'ailleurs, pourquoi il emploie cette

(1) Chausse, *Journal de dr. int. priv.*, 1897, p. 26.

(2) Ann. du dr. int., XXII, vol., p. 91 et 92 (session de Florence).

(3) Ann. du dr. int., XXII, vol., p. 57.

(4) Ann. du dr. int., XX, vol., p. 161 (session d'Edimbourg).

fiction (1) car, s'il est utile en cette matière d'émettre des présomptions, il est aussi inutile que factice de les superposer. Il convient de remarquer, toutefois, dès à présent, que pour M. Fiore cette présomption ne s'étend pas au-delà de la substance même de la convention : tout ce qui concerne l'accomplissement de l'obligation devant être, d'après lui, régi par la loi du lieu de l'exécution.

Ajoutons, enfin, que telle aussi a été l'opinion formulée par M. Pillet en un amendement déposé à cette même session de 1904 de l'Institut de droit international, amendement auquel, d'ailleurs, M. Weestlake (2) déclara se rallier, en étendant, toutefois, la définition du mot domicile commun, « dans la mesure où la réglementation de l'obligation est abandonnée par les lois compétentes à la volonté des parties contractantes, l'obligation sera régie par la loi que les parties auront expressément ou implicitement choisie ».

« A défaut d'expression de la volonté des parties, le contrat sera soumis à la loi du domicile commun des parties, si les parties ont le même domicile et, dans le cas contraire, à la loi du lieu où le contrat a été formé. »

Nous verrons les applications qu'il en fait dans son propre système de présomption.

On peut concevoir encore une dernière combinaison.

(1) Al. Rolin, Ann. de dr. int., XXII, vol., p. 75.

(2) Ann. de dr. int., XX, p. 167 et ss.

Les contractants ont même nationalité et non même domicile ou inversement ; en d'autres termes, il n'y a plus entre eux qu'un élément commun, soit la nationalité, soit le domicile.

Un Italien, domicilié en France, contracte en Suisse avec un Italien domicilié en Allemagne, ou bien un Italien domicilié en France contracte en Suisse avec un Allemand domicilié en France ; entre les deux lois, l'équilibre est donc rompu, car une seule d'entre elle est commune aux deux parties. Evidemment, les partisans de chaque loi tiendront compte à *fortiori* du seul élément qui demeure commun, mais les adversaires croiront-ils devoir choisir un nouveau critérium ? En l'absence de leur critérium propre admettront-ils le critérium rival ? En cas de non commun domicile, par exemple, les partisans de la loi domiciliaire décideront-ils que la communauté de nationalité est une raison suffisante de se prononcer en faveur de la loi nationale ? En réalité, la plupart n'ont pas envisagé le problème d'une façon explicite, M. Despagnet, par exemple, M. Pierantoni ; mais, de ce qu'en général, en cas de non communauté de domicile ou de nationalité, ils prescrivent un autre critérium subsidiaire (1), on peut conclure qu'ils estiment leurs critiques valables contre leurs adversaires, alors même que la loi dont ils sont partisans est inapplicable. M. Rolin et avec lui, M. de Bar, estiment qu'à défaut de la loi du domicile, on peut

(1) A. 1904, p. 149.

appliquer la loi nationale. M. Fiore se prononce dans le même sens : « A défaut de domicile commun, si les parties ont la même nationalité la loi de l'Etat auquel elles appartiennent est réputée *lex loci contractus* » (1). (Art. 3, § 2).

II

Les parties contractantes n'ont ni même nationalité ni même domicile : les raisons de choisir entre les différentes lois dispositives des pays en cause deviennent, dès lors, de moins en moins déterminantes ; par suite, les théories deviennent de plus en plus nombreuses ; toutefois, deux systèmes principaux se sont fait jour qui ont groupé en deux camps les juristes des siècles derniers, celui qui consiste à donner la préférence à la loi du lieu de formation du contrat et celui, au contraire, qui accorde la préférence à la législation du lieu d'exécution. Certains juristes, enfin, soumettent successivement le contrat à l'une et l'autre loi.

Le système qui fait prévaloir la loi du lieu d'exécution a été soutenu avec autorité par Savigny, auquel il doit en grande partie son succès non seulement dans la doctrine, mais encore, ce qui est plus étonnant, dans la jurisprudence allemande.

Le jurisconsulte allemand suppose que toute personne qui forme un rapport de droit, sort de son droit personnel pour rentrer dans le siège de ce rapport : donc,

(1) A., T. XX, p. 161.

pour connaître la loi qui doit régir les contractants dans le domaine de l'autonomie, il faut chercher le siège de l'obligation. Or, c'est là où l'obligation doit être exécutée qu'elle a véritablement son siège — et pourquoi ?

Outre les arguments de texte, les raisons que Savigny donne de son choix sont très nombreuses. « Toute obligation résulte de faits visibles ; toute obligation s'accomplit par des faits visibles, les uns et les autres se passent nécessairement dans un lieu » (1). Mais le lieu de formation n'est point le siège du contrat, il est accidentel ; souvent, le hasard seul préside à son choix ; il est fugitif et étranger à l'essence de l'obligation comme à son développement ultérieur. Le lieu d'exécution, au contraire, fait l'objet de l'attention des parties ; elles le choisissent avec soin, le déterminent avec précision. L'accomplissement, en effet, appartient à l'essence même de l'obligation car « l'obligation consiste à rendre certaine et nécessaire une chose auparavant incertaine et soumise au libre arbitre d'une personne. Or, la chose devenue ainsi nécessaire et certaine est précisément l'accomplissement de l'obligation ; c'est là-dessus que se concentre l'attention des parties ; dès lors, il est de l'essence de l'obligation que le lieu de l'accomplissement soit regardé comme siège de l'obligation et que dans ce lieu se place la juridiction spéciale de l'obligation en vertu de la *soumission libre*. »

(1) Savigny. *Traité de droit romain* (traduction Guenoux), Paris, 1851, T. VIII, p. 205 et ss.

D'autre part, la personne du débiteur, de celui qui exécute l'obligation est également prépondérante : l'essence de l'obligation étant d'imposer une prestation au débiteur, c'est donc lui le personnage actif, tandis que le créancier est seulement passif. Le contrat synallagmatique ne fait exception à ce principe qu'en apparence, car, en réalité, il se divise en deux rapports simples, dont la combinaison est, d'ailleurs, d'après Savigny, formelle et temporaire.

Dans ce dernier argument s'accuse la confusion faite par Savigny entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative (1), confusion, hâtons-nous de le dire, qui n'a rien d'involontaire, car, à ses yeux, il existe entre la juridiction et le droit local un lien intime ; aussi leur assigne-t-il le même siège, à savoir (2) :

1° Quand il y a un lieu fixé pour l'accomplissement de l'obligation dans le lieu de l'accomplissement ;

2° Quand l'obligation se rattache à une gestion d'affaire entreprise par le débiteur dans le lieu où est le siège permanent de cette gestion ;

3° Quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le débiteur en son domicile, dans le lieu où l'acte a été fait, de sorte qu'un changement ultérieur de domicile n'a aucune influence ;

4° Quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait

(1) La distinction avait été faite très nettement par Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. II. Observation 46, p. 449 et suivantes

(2) Savigny, op. cit., p. 344 et suivantes.

par le débiteur hors de son domicile, dans un lieu qui, d'après les circonstances, doit être aussi celui de l'exécution, dans le lieu où l'acte a été fait ;

5° En dehors de toutes ces hypothèses, au domicile du débiteur.

De cet ensemble de règles, Savigny entend faire de véritables présomptions : « L'application de toute règle locale de droit à un contrat peut toujours être regardée comme sous-entendue dans le contrat par la volonté vraisemblable des parties » (1). N'y a-t-il pas contradiction avec « la soumission libre », dont il parle d'autre part ? Peut-être considère-t-il qu'en fait l'attention des parties étant concentrée exclusivement sur ce point ce motif deviendra déterminant et s'imposera à leur choix dans la généralité des cas, de telle sorte qu'il serait permis d'en induire en cas de volonté inexprimée, qu'en général elles ont entendu se référer à cette loi.

En tout cas, il est à peine besoin de faire remarquer l'objection à faire à cette théorie, en effet, à l'encontre de ce que pense Savigny, si le lieu de formation est quelquefois fugitif ou accidentel, le lieu d'exécution peut même être inconnu des contractants au moment où se forme le lien de l'obligation ; de plus, il peut être multiple successivement d'abord et simultanément ; les diverses obligations engendrées par un seul contrat synallagmatique pouvant s'exécuter en des lieux différents, le contrat serait soumis en même temps à plusieurs lois.

(1) Savigny, op. cit., p. 260.

Une théorie qui émane directement du système de Savigny et repose sur le principe de la prépondérance accordée au débiteur dans le contrat et, par suite, sur la confusion établie entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle : c'est la théorie soutenue par M. de Bar, compatriote et disciple du juriste allemand.

Lorsque les contractants ont le même domicile, de Bar, nous l'avons vu, préconise la loi du domicile commun ; mais dans l'hypothèse qui nous occupe, lorsqu'il faut choisir entre plusieurs lois domiciliaires, il donne la préférence à celle du débiteur : la raison qu'il en donne est que, sur le débiteur, repose tout le fardeau de l'obligation : c'est lui qui doit exécuter, dès lors, l'obligation vaut ce que vaut le débiteur (1).

C'est l'obligation passive dit également Demante, qui modifie vraiment l'état de la personne en restreignant la liberté naturelle. C'est donc la loi de l'obligé qui doit régir cette modification (2). A l'Institut de droit international, c'est cette même thèse qui a été exposée par M. Harburger, en un long et savant rapport (3), et

(1) De Bar : *Théorie und Praxis des internat. Privatrechts*, 2^e édit. 1889. Clunet 1887, p. 172 et ss., et Ann. du dr. int., T. XX, p. 134 et ss. De la même idée découle la présomption proposée par M. Strisower à la session de Florence en 1908 : « La loi du lieu où d'après la nature économique de l'obligation se doivent trouver les personnes qui garantissent l'accomplissement de l'obligation, et en cas de doute la loi du domicile du débiteur. » A. 1908, p. 281.

(2) Demante, *Cours élémentaire de dr. civ.*, T. I, p. 50 et 51.

(3) Ann., T. XIX, p. 135.

rédigée d'un commun accord avec M. de Bar en un corps de conclusions qualifiées de préparatoires à la session de Neuchâtel en 1900. Présentées sous forme de projet approuvé par M. de Bar à la session d'Edimbourg en 1904 (1), ces propositions ont, à nouveau, fait l'objet d'une discussion à la session de Florence en 1908 (2).

« Obligations conventionnelles :

» A) Abstraction faite : 1° de la capacité des parties contractantes qui est réglée par leurs lois nationales respectives ; 2° des formes extérieures du contrat pour lesquelles il suffit d'observer les conditions imposées par la loi locale.

» Les obligations sont régies, en règle générale, par la loi du lieu ou au moment où elles ont pris naissance, le débiteur avait son domicile ; ou pour les obligations commerciales son établissement commercial.

» Néanmoins :

» a) Dans tous les cas :

» 1° Si l'acte qui constitue l'accomplissement de l'obligation est interdit et, par conséquent, nul selon la loi du pays où l'exécution doit se faire, l'obligation est réputée nulle partout.

» 2° L'accomplissement de l'obligation, quant à la monnaie, aux mesures, aux poids et autres modalités qui, par leur nature dépendent des coutumes et usages du pays, est, sauf les stipulations expresses des parties

(1) Ann., T. XX, p. 132 et ss.

(2) Ann., T. XXII, p. 57.

contractantes, régi par la loi du lieu où l'exécution doit être faite.

» b) Il peut arriver, par exception, que si l'obligation, conformément à une désignation expresse ou à la situation de l'objet de la convention ou, en général, à la nature des choses, doit être accomplie dans le pays où le contrat a été fait ou dans un autre pays, l'obligation soit régie par la loi de ce pays.

» B) Les règles énoncées ci-dessus ne doivent pas être réputées absolues en tout état de cause et le tribunal saisi d'une affaire concernant une obligation conventionnelle qui rentre dans le domaine du droit international privé, doit, sauf observation des lois d'ordre public, s'inspirer de l'idée que *la bonne foi* et le *respect dû à la sûreté des engagements* conventionnels et la nature des choses priment toutes les règles spéciales concernant l'application d'une loi territoriale aux obligations conventionnelles. »

Il s'agit donc, ici, d'une présomption *juris tantum* ; M. Harburger s'explique, d'ailleurs, d'autre part, d'une façon assez explicite sur la valeur de la règle qu'il entend poser : « Il va sans dire, ajoute-t-il, en effet, dans son rapport, qu'il ne s'agit pas d'imposer au juge, d'une façon absolue, la loi du domicile du débiteur. Le juge n'aura à l'appliquer que s'il y a doute sur la volonté des parties » (1).

Le souci tout particulier qui se dégage de cette doc-

(1) Annuaire, T. XX, p. 134.

trine de protéger le débiteur est, en général, jugé exagéré ; la situation des contractants est, en effet, égale de part et d'autre, lorsqu'a lieu l'accord de leur volonté ; il n'y a donc pas de raison de présumer que le créancier ait entendu se soumettre à la loi nationale du domiciliaire du débiteur. Une autre objection est faite à ce système : en cas de contrat synallagmatique, quel sera le débiteur ? Or, les contrats synallagmatiques sont, très probablement, les plus importants et les plus nombreux. Aussi, MM. de Bar et Harburger, dans l'impossibilité de l'appliquer jusqu'au bout, prévoient-ils à la règle qu'ils énoncent de nombreuses exceptions, ce qui compromet singulièrement la solidité de leur doctrine.

Un système de présomption auquel nous conduisent insensiblement ces différents systèmes, c'est à la *lex fori*, mais il suffit d'en signaler l'existence, car, outre qu'il prête le flanc aux mêmes critiques, il est bien évident qu'il ne peut y avoir aucune corrélation entre le *for* et le droit applicable au fond d'une convention (1).

Aussi, le système qui a trouvé le plus d'adhésions dans la doctrine, en particulier chez les jurisconsultes français et italiens, et dans la jurisprudence française, est celui qui fait dépendre la loi supplétive à appliquer au contrat de la loi du lieu où il s'est formé, de la *lex loci contractus*. Les critiques que nous venons d'énoncer et les raisons que nous allons essayer de donner ont déter-

(1) De Wachter, *Contra de Bar* (Clunet 1887, p. 267). En fait, la théorie de Wachter est antérieure à celle de Savigny et critiquée par ce dernier.

miné cette tendance doctrinale ; quant à la jurisprudence, au moins en ce qui concerne les tribunaux français, il serait plus juste de dire, comme nous le verrons, que son choix a été entraîné par une confusion entre la loi qui doit régir le fond du contrat et celle qui en règle la forme : on a voulu appliquer à la substance la règle *locus regit actum* qui doit, en réalité, régir seulement la forme de l'acte.

La solution qui impose la *lex loci actus* est conforme aux influences historiques. Elle a été la première adoptée (1) et dès le xiii^e siècle elle a eu constamment des défenseurs. Elle présente, en outre, le très grand avantage de soumettre le contrat à une loi unique. Elle évite les difficultés qui se présentent dans le système où l'on applique la *lex loci solutionis* dans le cas où il y a plusieurs débiteurs, soit qu'il n'y ait qu'un seul créancier, soit que les parties soient réciproquement débitrices et créancières ; et, de plus, elle a pour effet d'empêcher le lieu du paiement pouvant être abandonné au choix de l'une des parties, de rendre celle-ci maîtresse de déterminer seule la loi applicable au contrat. On ajoute aussi, généralement, qu'il est naturel de supposer que les parties ont entendu se rapporter à la loi du pays où elles se sont rencontrées.

Ce n'est pourtant pas cette dernière considération qui

(1) Guillaume Durant (1237 et 1296). Lainé, *Le Droit international privé en France, considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts* (Clunet 1887, p. 23).

a influé sur le choix qui a été fait de la loi par nos anciens coutumiers, car la *lex loci contractus* a précédé chez les coutumiers l'éclosion du principe de l'autonomie des parties contractantes. Fœlix (1) s'est fait l'historien et le défenseur de cette manière de voir, il se réclame du droit romain d'abord et de Dumoulin, Paul Voet, Burgundus, Boullenois, Story, « le principe général en cette matière est que les parties contractantes ont eu l'intention de se conformer dans leurs conventions à la loi où celles-ci ont été consenties et sont devenues parfaites et, par suite, de les soumettre à cette loi ». Dans ce sens, il cite encore Merlin ; « tout homme qui contracte dans un pays n'importe qu'il y soit domicilié ou non, n'importe qu'il y soit citoyen ou étranger, est sensé attacher aux clauses du traité qu'il y fait le sens et les conséquences qu'y attachent les lois de ce pays » (2). Ajoutons, enfin, qu'aux yeux de Fœlix, comme nous l'avons fait déjà remarquer, il s'agit d'une véritable présomption : lorsqu'il y a lieu d'interpréter un acte provenant du concours de volonté de deux ou plusieurs personnes n'ayant ni la même patrie, ni le même domicile, on ne saurait préférer la loi de l'un des contractants à celle des autres ; dès lors, on a dû admettre que leur volonté s'en est rapportée à une loi commune « et par un accord à peu près unanime les auteurs et les tribunaux

(1) Fœlix et Demangeat, *Traité de dr. int. priv.* I. P. 223 et ss.

(2) Fœlix et Demangeat, *op. cit.* p. 229 et ss.

ont admis, en principe, qu'il faut s'arrêter à la loi du lieu du contrat » (1).

La règle posée par Fœlix n'est, d'ailleurs, pas générale et ne s'applique ni à tous les contrats ni à la totalité du contrat.

Il tient, en effet, à ce que la présomption choisie se rapproche le plus possible de la volonté présumée des parties ; or, dit-il, une règle puisée dans la nature de l'esprit humain fait supposer que tout individu en procédant à un acte de la vie civile s'en est rapporté plutôt à une législation qu'il connaît qu'à une qu'il ne connaît pas ; ainsi, par exemple, pour un testament supposera-t-on avec raison qu'il faut s'attacher pour déterminer sa loi aux usages de la patrie du testateur ou à ceux de son domicile. Il ne serait pas vraisemblable, au contraire, de choisir la loi du lieu du testament. Il en sera de même pour tout engagement unilatéral (2). Fœlix fait au principe nombre d'autres exceptions, dont la plus importante qui dérive toujours de la même préoccupation, est une large restriction à la règle *loci contractus* provenant de la distinction qu'il fait avec les postglossateurs entre les effets et les suites du contrat.

(1) Fœlix, op. cit. p. 227.

(2) M. Demangeat critique à juste raison la théorie exposée par Fœlix en ce qui concerne la distinction faite entre l'interprétation des contrats synallagmatiques et unilatéraux. Il n'aperçoit pas les motifs d'une pareille manière de procéder, contraire aux textes du droit romain, et, d'après lui, repoussée par l'art. 1159 du Code civil. Fœlix et Demangeat, Dr. int., p. 230 (note).

Brocher préconise aussi la loi du lieu de formation, mais il ne fait de cette présomption qu'une extension de la règle *locus regit actum*.

Despagnet et Ch. de Boeck se prononcent pour la loi du lieu de formation (1) ; quand les parties ont une nationalité différente, on applique pour régler leur convention la loi du pays où cette dernière a été conclue : la *lex loci contractus* du moment qu'on ne saurait sans arbitraire se prononcer pour la loi nationale de l'une des parties, il est naturel de se conformer à la législation sous l'empire de laquelle elles étaient placées au moment où leur convention a eu lieu, dont, par conséquent, elles connaissent ordinairement les dispositions et qu'elles paraissent avoir *acceptée implicitement*.

Ils ajoutent d'ailleurs : « Mais il ne s'agit ici que de simples présomptions qu'il est toujours possible de combattre par la preuve contraire ; aussi les circonstances de fait peuvent-elles établir pour les tribunaux que les parties ont voulu adopter une autre loi. »

De l'avis de M. Weiss (2) et de MM. Surville et Arthuys (3) le lieu du contrat est une précieuse indication pour le choix de la loi dispositive à appliquer au contrat, sauf, toutefois, dans certains cas, lorsque, par exemple, les parties contractantes ont même domicile,

(1) Despagnet et de Boeck, *Précis de Droit int. priv.*, 1909, p. 881 et ss.

(2) Weiss, *Traité théorique et pratique de Dr. int. pr.* T. IV. p. 348.

(3) Surville et Arthuys, *Cours élém. de Dr. int. pr.* 1904, p. 358.

lorsque l'une est domiciliée dans la patrie de l'autre, lorsque le lieu du contrat est fortuit ; mais, en tout cas, ce n'est jamais une présomption même *juristantum*.

A l'Institut de droit international la *lex loci contractus* a compté nombre de partisans : M. Pierantoni (1) estime, en effet, s'autorisant du Code italien, que si les parties sont de nationalité différente, c'est la loi du lieu du contrat qui régira leurs conventions, sauf si elles ont choisi une autre loi : ce serait donc une véritable présomption, mais une présomption *juris tantum*, bien entendu.

C'est la même présomption que propose M. Pillet, dans son premier amendement (2) : « Dans la mesure où la réglementation de l'obligation *est laissée par les lois compétentes* à la volonté des parties contractantes, l'obligation sera régie par la loi que les parties auront expressément ou implicitement choisie. »

« A défaut d'expression de la volonté des parties, le contrat sera soumis à la loi du domicile commun des parties, si les parties ont le même domicile et, dans le cas contraire, à la loi du lieu, où le contrat a été fourni. »

« S'il résulte des circonstances que le lieu de formation du contrat ne fournit aucune indication quant à la volonté des parties, la loi applicable sera celle du lieu de l'exécution. »

A la loi du lieu de l'acte semblent également aller les

(1) Annuaire, T. XX, p. 149.

(2) Annuaire, T. XX, p. 153.

préférences de M. Albéric Rolin (1) du moins lorsqu'il s'agit de contrat *inter proesentes*. Bien qu'elle ne soit

(1) Albéric Rolin, *Principes de Droit inter. priv.*, T. I^{er}, p. 524.

M. Rolin propose la formule législative suivante :

« La substance et les effets des conventions, en tant qu'ils dépendent de la volonté des parties, sont régis par la loi du lieu du contrat, à moins qu'elles n'aient manifesté, d'une manière expresse ou tacite, la volonté de se soumettre à quelque autre loi, ou qu'il ne résulte soit de la nature du contrat, soit de leur situation relative, qu'elles s'y seraient soumises si elles avaient songé à faire un choix. »

A l'Institut de Droit international, il est plus explicite sur l'interprétation des circonstances.

§ II. — Des obligations conventionnelles

I. — La portée et les effets de l'obligation contractuelle sont régis par la loi à laquelle les parties ont manifesté la volonté de se soumettre dans la mesure où la validité de l'obligation, sa portée et ses effets ne se heurtent pas contre les lois qui régissent obligatoirement la convention, soit quant à l'ordre public, moral, politique ou économique, soit quant à la forme, soit quant à la capacité des parties.

II. — Si les parties n'ont pas manifesté leur volonté effective d'accepter telle ou telle loi comme loi supplétive, c'est-à-dire comme loi destinée à suppléer aux lacunes de leurs conventions, dans la mesure où elles peuvent déterminer librement la portée et les effets de celles-ci, la détermination de la loi à appliquer comme droit supplétif peut être déduite de la nature du contrat ou de la situation relative des parties.

C'est ainsi que l'on appliquera :

a) Dans les contrats faits *inter proesentes* en Bourse, en foire, ou dans les marchés publics, la loi du lieu du contrat.

b) Dans les contrats ayant pour objet la location d'immeubles, la loi de la situation de l'immeuble loué.

Toutefois, s'il s'agissait d'immeubles situés dans des pays non :

énoncée pour ainsi dire que subsidiairement et suivie, au surplus, de certaines restrictions, cette loi n'en repré-

civilisés ou à demi-civilisés, on appliquera de préférence la loi du domicile commun, de la nationalité commune, ou celle du lieu du contrat.

c) Dans les contrats constitutifs d'hypothèque, la loi du lieu de la situation de l'immeuble hypothéqué.

d) Dans les contrats de bienfaisance, la loi du domicile de celui qui confère le bienfait ou rend le service gratuit (donation, prêt sans intérêt, mandat non salarié, dépôt gratuit, cautionnement, etc.).

e) Dans les ventes faites par un commerçant à un non commerçant, ou même à un commerçant, à la condition, dans ce dernier cas, qu'il ne s'agisse pas d'un acte commercial de sa part, et sauf le cas prévu sous la lettre a, la loi du lieu de l'établissement commercial du vendeur.

f) Dans les contrats de louage de services, de louage d'ouvrage, entreprise de travaux publics, de constructions ou de fournitures pour un Etat, une province, une commune ou administration publique, la loi en vigueur dans cet Etat, ou dans le ressort territorial de cette province, de cette commune, ou au siège de cette administration publique.

g) Dans les contrats d'assurances mutuelles ou à primes ou autres contrats (rentes viagères, par exemple), faits avec une compagnie d'assurances contre l'incendie, sur la vie, contre le vol et contre les accidents, etc., la loi en vigueur au siège de cette compagnie.

h) Dans les contrats faits avec une personne exerçant une profession réglementée (médecin, avocat, avoué, notaire, huissier, etc.) et comportant de la part de cette dernière l'exercice de sa profession, la loi du lieu où elle exerce celle-ci.

i) Dans les contrats de louage de services faits par des ouvriers ou employés avec une société industrielle, commerciale ou civile, ou avec un commerçant, la loi du siège de la société ou de l'établissement commercial.

j) En matière de lettre de change ou de billet à ordre, la loi du

sente pas moins la règle générale dans le cas de non commun domicile et de non commune nationalité et,

lieu de chaque engagement ou, si ce lieu ne peut être trouvé, celui du domicile de l'obligé.

k) En matière de contrat de transports de personnes ou de choses par chemin de fer, voiture ou bateau, avec une société ou un particulier en faisant sa profession, comme aussi avec un commissionnaire de transports ou commissionnaire expéditeur, la loi du siège de cette société ou celle de l'établissement commercial du transporteur, voiturier, commissionnaire, etc.

III. — Si la détermination de la loi applicable dans le silence des parties ne ressort ni de la nature du contrat ni de leur situation relative, le juge aura égard à la loi de leur domicile commun, à défaut de domicile commun, à leur loi nationale commune, et si elles n'ont ni domicile dans le même pays, ni nationalité commune à la loi du lieu du contrat.

Toutefois, le lieu du contrat ne sera pas pris en considération, même à titre subsidiaire, s'il est purement fortuit, ni si le contrat a été conclu dans un pays non civilisé, et l'on appliquera la loi du domicile commun, ou de la nationalité commune, et, à défaut de domicile dans un même pays, ou de nationalité commune, la loi du domicile du débiteur.

IV. — Si le contrat a été fait par correspondance, le lieu du contrat ne sera pas pris non plus en considération et l'on appliquera la loi du domicile ou de l'établissement commercial de celui de qui émane l'offre ou la proposition.

Il en sera de même dans le cas d'un contrat fait *inter absentes* par téléphone, et l'on appliquera la loi de celui de qui émane l'offre ou la proposition, à moins que cette question ne puisse être résolue en fait. Dans ce dernier cas, on appliquera la loi du domicile commun ou de la nationalité commune, ou, subsidiairement, du domicile du débiteur.

V. — En ce qui concerne les modalités et les détails de l'exécution : manière de compter, de peser, de mesurer, mise en de-

dans la pensée de son auteur, a toute la valeur d'une présomption (1), car si, comme M. Dicey (2), il commet l'imprudence d'en laisser l'application à l'arbitraire du juge, sous prétexte qu'il est souvent possible de déduire la volonté probable des parties de la nature du contrat, il n'en a pas moins comme lui l'intention d'émettre une loi restrictive de l'arbitraire du juge : « Si la détermination de la loi applicable dans le silence des parties ne ressort ni de la nature du contrat ni de leur situation relative, le juge aura égard à la loi de leur domicile commun, à défaut de domicile commun, à leur loi nationale commune et si elles n'ont ni domicile dans le même pays, ni nationalité commune, à la loi du lieu du contrat (art. 3 du § 2 du projet).

Mais il est bien spécifié que toutes ces prescriptions sont *juris tantum* en ce sens que « la manifestation même tacite de la volonté effective des parties prévaut toujours contre elle et devra être respectée » (art. 7 du § 2 dudit projet).

meure, jours fériés, validité du paiement, validité des offres et de la consignation, il convient d'appliquer la loi et les usages du lieu de l'exécution.

VI. — Lorsque la portée et les effets du contrat dépendent du sens de certains termes employés pour désigner le prix, le poids, la mesure, les délais ou époques de paiement, on doit s'en référer en général à la terminologie du lieu où l'exécution doit se faire, à moins qu'il ne résulte de circonstances, et surtout de l'objet du contrat, que les parties les ont réellement employés dans un sens différent. (A. 1908, p. 104 et ss.)

(1) A. 1908, p. 69 et ss. et p. 258. (Réponse à M. Missir.)

(2) A. 1904, p. 165.

On reproche tout d'abord à cette doctrine d'être fondée sur une confusion entre les questions de forme et celles de fond (1). Ce reproche justifié quelquefois en ce qui concerne la jurisprudence ne l'est, en général, pas lorsqu'il s'agit de la doctrine, qui, comme nous l'avons vu, trouve autre part le motif de son choix. En somme, la plupart des critiques adressées à cette théorie portent moins sur le principe lui-même que sur son application ; aussi, peuvent-elles se traduire, dans la pratique, par des exceptions ou des restrictions apportées à la règle. Le lieu du contrat dit-on est souvent fortuit. Il peut être difficile à déterminer (contrat conclu en chemin de fer ou en bateau) ou se placer dans un pays non civilisé. La *lex loci actus* peut être très loin de la pensée des parties : en cas d'hypothèque ou de vente d'immeubles, l'idée des contractants va certainement à la *lex rei sitæ* ; en cas de contrat de travail à la loi du lieu du travail (2). Dans le contrat entre absents, enfin, cette loi ne s'impose pas, outre la difficulté pratique de déterminer le lieu du contrat, elle n'a plus de fondement légitime. Quels sont, en effet, les motifs du choix, qu'on a fait, de la loi de l'acte ? N'est-ce point que la loi du lieu du contrat est la loi commune sous l'empire de laquelle se développe l'activité juridique de l'une et de l'autre partie, une loi qu'elles connaissent ou peuvent connaître l'une et l'autre, sur la portée de laquelle il leur est aisé de s'éclairer, et qu'elles ont pu voir appli-

(1) Roguin : Ann. 1904, n° 78.

(2) En ce sens M. Corsi, A. 1908, p. 277.

quer sous leurs yeux. Aucun de ces motifs ne subsiste si elles traitent par correspondance (1).

En somme, ce dernier reproche pourrait s'adresser à toute présomption fondée non sur une volonté présumée des contractants, mais déduite *ex eo quod plerumque fit* ; nous avons vu, au point de vue théorique, ce qu'il faut en penser. Au point de vue pratique, d'ailleurs, il est possible d'y porter un correctif en formulant des exceptions, ainsi que l'ont fait Fœlix et M. Rolin, M. Pillet et nombre d'auteurs partisans de cette théorie; mais les exceptions constituent, il est vrai, un inconvénient qui n'est pas négligeable.

Parmi les exceptions les plus importantes à la *lex loci actus* se trouve celle qui est destinée à faire une place à la *lex rei sitæ*. Mais c'est d'ailleurs, la plupart du temps, une limitation à la règle de l'autonomie plutôt qu'une exception à la *lex loci actus* : si l'acquisition, la transmission et l'extinction des droits réels sont soumis à la loi de la situation des biens, c'est parce que nous sortons du domaine de l'autonomie pour entrer dans celui du statut réel. Le projet de M. Rolin prévoit l'application de cette loi aux locations et aux hypothèques dans les paragraphes b et c (2), mais il considère que son application découle non d'une présomption légale *juris tantum*, mais des indications données aux juges sur la volonté présumée des parties par la nature même du con-

(1) Rapport de M. Albéric Rolin, Annuaire 1908, p. 80.

(2) A. 1908, p. 87.

trat ; c'est, d'ailleurs, également l'avis de M. Westlake (1).

Très absolu, dans son premier projet, à la suite d'une critique de MM. Harburger et de Bar (2) concernant les immeubles situés en pays lointains, M. Rolin, dans son second projet (3) émet une restriction à cet effet (4).

Une place est également réservée implicitement à cette loi par les partisans de la *lex fori*, voir même par la loi du lieu d'exécution.

Le choix de la loi supplétive à appliquer au contrat en droit international n'a pas été la seule préoccupation des auteurs : la loi, une fois choisie, gouverne-t-elle toutes les conséquences du contrat, médiatees ou immédiates, directes ou indirectes ; il est urgent, aux yeux de certains, d'en délimiter la portée. L'idée qui préside à cette recherche étant, en effet, que la loi est présomptivement choisie par les parties, elle ne saurait dépasser le champ de leurs prévisions ; aussi, faudra-t-il élaguer dans le contrat tout ce qui ne dépend pas directement de la volonté des contractants.

La distinction des effets et des suites a été imaginée par Bartole (5) et les post-glossateurs, qui appliquèrent, en principe, comme droit supplétif la loi du lieu du contrat en ce qui concerne l'intensité et la nature du

(1) A. 1909, p. 167.

(2) A. 1902, p. 138, et A. 1908, p. 97 et 112.

(3) Ann. 1908, p. 106.

(4) Contra Jarassé, p. 69.

(5) Lainé : Introduc. au dr. int. pri., T. I, p. 135.

lien obligatoire et les effets directs et immédiats du contrat, la loi du lieu de l'exécution en ce qui concerne les suites, les incidents qui pouvaient se produire à l'occasion de l'exécution. Boullenois distingue également entre les *naturalia* ou effets que doit entraîner par lui-même l'acte juridique accompli et les *accidentalia* qui sont des pactes joints à un contrat pour faire varier ses effets ordinaires (1). Cette distinction a été reprise par Fœlix et est encore admise par un certain nombre d'auteurs. Fœlix (2), sans toutefois se référer à ses devanciers, différencie les effets et les suites des actes juridiques, d'après le critérium que nous venons d'exposer : « Les effets ont leur source dans la volonté des parties, les suites dans la volonté du législateur. » « Les effets, dit-il, dérivent de la nature même de l'acte ou de l'exercice du droit établi par cet acte ; ce sont les droits et obligations que les parties ont positivement entendu créer, les droits et obligations inhérents au contrat, c'est-à-dire qui y sont contenus expressément ou implicitement ou qui en résultent médiatement ou immédiatement ; il n'y a pas lieu de distinguer si ces droits sont ou non actuellement ouverts et exigibles ou s'ils ne sont qu'éventuels ou expectatifs. »

Exemple : En cas de vente, la délivrance de la chose vendue, le paiement du prix, les actions du vendeur ou de l'acheteur, ce sont les conséquences juridiques de la

(1) Boullenois : *Traité de la personnalité et de la réalité des liens* (T. II, Observ. 46, p. 449 et suivantes).

(2) Fœlix, op. cit., T. I, p. 247 et suivantes.

volonté des contractants ; elles sont donc régies par la loi qui découle du système de présomption applicable à la convention elle-même.

Les suites, au contraire, sont « les obligations ou les droits que le législateur fait naître à l'occasion de l'exécution de l'acte ou du droit ; ces suites n'ont pas une cause inhérente au contrat même ; elles résultent d'événements postérieurs au contrat et qui surviennent à l'occasion des circonstances dans lesquelles le contrat a placé les parties ». Ce sont, par exemple, les résultats de la négligence, de la faute ou de la demeure dans l'exécution ou bien même la ratification ou confirmation d'un contrat annulable. « Elles sont l'œuvre du législateur ou tout au moins d'un concours de volontés distinctes et échappent donc à la loi présomptivement adoptée pour le contrat : elles sont régies par la législation du lieu où se passent les faits qui les font naître. »

Le critérium de la distinction entre les effets et les suites étant subjectif, la théorie est, on le voit, peu précise ; aussi, dans la pratique, son application conduirait-elle à des contradictions.

En cas d'action résolutoire d'un contrat de vente par exemple : l'acheteur ne paie pas son prix, le vendeur le poursuit en résolution ; d'après Félix (1) la loi du contrat régira cette action, car elle a sa racine dans l'acte lui-même : c'est un effet de la vente. Supposons, au contraire, que conformément à l'article 1656 du Code civil,

(1) Félix, op. cit., T. I, p. 256 et suivantes.

il ait été stipulé que faute du paiement du prix au terme convenu, la vente serait résolue de plein droit. Cette résolution n'est plus un effet de la vente, c'est une suite, elle sera donc soumise à la loi du lieu de l'exécution.

Cette ligne de démarcation entre les effets et les suites paraît donc assez arbitraire ; loin de se préciser, elle varie, au contraire, à peu près complètement avec chacun des autres partisans de la doctrine. M. Fiore a soutenu la thèse similaire à l'Institut de droit international (1). Plus absolu que Fœlix, il semble, toutefois, qu'il se soit arrêté à un critérium plus substantiel : il distingue *id quod actum est* et *id quod in obligatione est*. La *lex loci contractus* régirait tout ce qui concerne la substance et les éléments essentiels du contrat : *id quod actum est*. Quant à la *lex loci solutionis*, elle déciderait les autres questions : *id quod in obligatione est*; c'est, dit-il, la présomption la plus naturelle et il va très loin dans l'application de cette dernière loi.

L'amendement qu'à la séance de l'Institut de droit international d'Edimbourg, du 28 septembre 1904, M. Fiore a proposé à l'adhésion de ses collègues, était ainsi conçu :

ARTICLE PREMIER. — « Dans tous les cas où les contractants jouissent d'une autonomie complète, le contrat est soumis à la loi qu'ils déclarent expressément choisir.

» A défaut de déclaration expresse, le contrat est soumis à la loi qu'ils sont présumés avoir acceptée.

(1) A. 1904, p. 147, 170, 175 et suivantes. A. 1908, p. 72 et p. 262 et ss.

ART. 2. — « Pour tout ce qui a trait au fond, à la nature et à la substance du contrat, est présumée acceptée la loi du lieu de la conclusion du contrat. »

» Pour tout ce qui a trait à la prestation, au paiement et aux effets qui en peuvent dériver, est présumée acceptée la loi du lieu de l'exécution.

ART. 3. — « Si les parties ont le même domicile, la loi du domicile commun est réputée *lex loci contractus*.

» A défaut de domicile commun, si les parties ont la même nationalité, la loi de l'Etat auquel elles appartiennent est réputée *lex loci contractus*.

» Néanmoins, le paiement, c'est-à-dire l'accomplissement de l'obligation, sera régi par la loi du lieu de l'exécution.

ART. 4. — « A raison de circonstances particulières, les parties auront toujours le droit de faire preuve de volonté différente. »

.
A cette session, M. Beirao semble avoir été le seul à accepter cette distinction (1), encore ne l'accepte-t-il pas d'une façon aussi étendue : l'amendement soutenu par lui à la séance du 18 septembre 1904 était le suivant : « L'obligation sera régie, quant à la substance et aux effets, par la loi du lieu du contrat, et, quant à l'exécution, par la loi du lieu d'exécution, sauf déclaration expresse contraire, dans le cas où cette déclaration serait admise » (2). En somme, la même loi,

(1) A. 1904, p. 169.

(2) A. 1904, p. 177.

la loi du lieu du contrat, doit régir, d'après lui, la substance et les effets du contrat, et celui-ci n'est régi par la loi du lieu d'exécution que quant à l'exécution; restriction arbitraire et trop radicale encore, l'exécution n'étant en somme qu'un effet de l'obligation.

Quand on voit les variations subies dans les différentes doctrines par la terminologie, on se rend compte de ce qu'il peut y avoir de factice à déterminer une distinction entre conséquences, effets et suites. Difficulté bien inutile d'ailleurs; ces trois mots dans l'espèce sont synonymes, pourquoi les séparer ? Si les parties, dira-t-on, peuvent être supposées avoir voulu les effets, on ne saurait affirmer, au contraire, qu'elles ont pu prévoir les suites de l'acte. Mais, rien ne prouve, d'abord, que leur attention n'ait pas été attirée aussi bien sur les suites que sur les effets. D'ailleurs, qu'importe pour le choix de la présomption : il n'est pas nécessaire, pour que la loi dispositive s'applique que les parties aient réellement songé à la difficulté dont il s'agit, il suffit que la question soit de celles où la loi n'a d'autre but que de suppléer leur silence. Pour les suites comme pour les effets, la loi d'autonomie sera déterminée par présomption légale ; aussi cette distinction est-elle inutile : en divisant le problème, elle le complique sans apporter aucune solution de principe nouvelle ; elle multiplie les difficultés sans les mieux résoudre. C'est donc avec raison que la plupart des auteurs répudient cette distinction. Il ne faudrait d'ailleurs pas exagérer, s'il est vrai que toutes les conséquences doivent être gouvernées par la loi de

l'acte; il ne faut point dire que la même loi s'appliquera à tout acte venant se greffer sur le contrat primitif, chaque acte nécessitant un nouveau concours de volonté sera soumis à sa loi propre.

Mentionnons enfin une autre distinction imaginée par M. Jitta (1) : La loi applicable au contrat n'est ni la *lex loci contractus* ni la *lex loci executionis*; « ce sont là des théories simplistes et inexactes, il faut leur substituer un critérium nouveau et envisager le milieu social dans lequel le contrat est appelé à avoir son rendement ». On distinguera à ce point de vue le contrat local national, le contrat local étranger et le contrat international. Ces distinctions, ingénieuses mais difficiles, livreraient le débat à l'arbitraire des juges.

Quelques auteurs enfin ont introduit dans leur système, soit comme raison déterminante, soit comme une indication précieuse, pour le choix de la loi dispositive, le fait de la concordance de plusieurs lois en présence : ce qui fait dans leur esprit plusieurs motifs pour croire que les parties les ont présomptivement adoptées. Mais, outre qu'en fait il pourrait y avoir hésitation entre plusieurs groupes de concordances, ce concours de circonstances peut être purement fortuit. Aussi la doctrine, en général, tout en tenant compte de ce fait, ne cherche-t-elle pas dans ce critérium la solution de la question qui nous occupe.

(1) Jitta : *La substance des obligations en droit int. priv.*, T. I., n° 20-28.

Les systèmes, on le voit, sont donc multiples et semblent irréductibles.

L'impossibilité d'appliquer jusqu'au bout aucune de ces théories a amené quelques auteurs, nous l'avons vu, à soutenir que la décision à prendre devait être purement une affaire de cas particulier, une question de fait à laisser à l'appréciation du juge.

A la session du 18 septembre 1904, à Edimbourg, M. Pillet eut raison de cette manière de voir : « Si l'Institut écartait successivement tous les systèmes de présomption qui lui sont soumis, cela ne signifierait pas nécessairement qu'il écarte le principe même de la présomption, cela signifierait simplement qu'il repousse les applications de ce principe telles qu'elles lui ont été proposées » (1).

Faisant droit à cette juste observation, l'Institut, en la même séance, rejetant les manières de voir de M. Roguin, adoptait une motion d'ordre présentée par M. Pillet, conçue dans le sens de la nécessité de la présomption *juris tantum* (2), fixant ainsi à la doctrine un sens à ses investigations.

En 1908, à la session de Florence, sans que l'Institut soit explicitement revenu sur ce vote, la discussion, aiguillée comme nous l'avons vu vers une sorte de compromis, par le projet de M. Rolin, qui lui servait de base, s'était quelque peu égarée à nouveau dans le sens où M. Dicey avait voulu l'entraîner en 1904 ; néan-

(1) Annuaire 1904, p. 172.

(2) Annuaire 1904, p. 179.

moins, elle sut éviter l'écueil et, grâce à l'intervention de M. Missir, les mots « peut être déduite », du projet de M. A. Rolin, furent remplacés dans la résolution finale, avec l'assentiment de ce dernier, par les mots « sera déduite », ce qui donne au texte adopté le caractère d'une véritable présomption. A la suite de l'intervention de M. Missir et d'une observation de M. Lyon-Caen, M. A. Rolin s'explique d'ailleurs très nettement sur ce point (1).

De deux choses l'une, en effet, ou il y a volonté tacite et le juge cherchera à la déterminer suivant des présomptions de fait qu'il est impossible et sans intérêt de lui indiquer à l'avance, ou il n'y a pas de volonté, et alors il ne saurait être question de déduire leur volonté éventuelle de circonstances qui n'ont, par définition, eu aucune influence sur leur détermination, puisqu'il n'y a pas eu de détermination ; il ne peut qu'y être suppléé.

Il s'agit donc de véritables présomptions.

L'Institut, à la session de 1908, à Florence, a donc adopté les résolutions suivantes; destinées à *régir*, à *titre de droits supplétifs*, les obligations contractuelles en droit international privé (2).

ARTICLE PREMIER. — Les effets de l'obligation contractuelle sont régis par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de se soumettre, dans la mesure où la validité de l'obligation et ses effets ne se leur-

(1) A., T. XXII, p. 268 et 269.

(2) A., T. XXII, p. 289.

tent pas contre les lois qui régissent obligatoirement la convention, notamment quant à la capacité des parties, quant à la forme, quant à la validité intrinsèque du contrat, ou quant à l'ordre public.

ART. 2. — Si les parties n'ont pas manifesté la volonté effective d'accepter telles ou telles lois comme loi supplétive, c'est-à-dire comme loi destinée à suppléer aux lacunes de leurs conventions, dans la mesure où elles peuvent déterminer librement les effets de celles-ci, la détermination de la loi à appliquer comme droit supplétif, *sera déduite de la nature du contrat, de la condition relative des parties ou de la situation de la chose.*

C'est ainsi qu'on appliquera :

a) Dans les contrats faits en Bourse, en foire ou dans les marchés publics, la loi du lieu du contrat.

b) Dans les contrats ayant pour objet des immeubles, la loi de la situation des immeubles.

c) Dans les contrats de bienfaisance, la loi du domicile de celui qui confère le bienfait ou rend le service gratuit (donation, prêt sans intérêt, mandat non salarié, dépôt gratuit, cautionnement, etc.).

d) Dans les ventes commerciales faites par un commerçant à un non commerçant, ou même à un commerçant, à la condition qu'il ne s'agisse pas d'un acte commercial pour l'acheteur, et sauf le cas prévu sous la lettre a, la loi du lieu de l'établissement commercial du vendeur.

e) Dans les contrats de louage de services, de louage d'ouvrage, entreprise de travaux publics, de construc-

lions, de fournitures pour un Etat, une province, une commune, ou une administration publique, la loi en vigueur dans cet Etat ou dans le ressort territorial de cette province, de cette commune ou de cette administration publique.

f) Dans les contrats d'assurance mutuelle ou à primes, ou autres contrats (rentes viagères par exemple), faits avec une compagnie d'assurances, contre l'incendie, sur la vie, contre le vol ou contre les accidents... la loi en vigueur au siège de cette compagnie.

g) Dans les contrats faits avec une personne exerçant une profession réglementée (médecin, avocat, avoué, notaire, huissier, etc.) et comportant de la part de cette dernière l'exercice de sa profession, la loi du lieu où elle exerce celle-ci.

h) Dans les contrats de louage de services faits par des ouvriers ou employés à une société commerciale ou industrielle ou civile, ou avec un commerçant, la loi du siège de l'établissement commercial, industriel ou civil.

i) En matière de lettre de change ou de billet à ordre, la loi du lieu de chaque engagement, ou, si ce lieu n'est pas mentionné dans le titre, celle du domicile de l'obligé.

j) En matière de contrat de transport de personnes ou de choses par chemin de fer, voiture ou bateau, avec une société ou un particulier en faisant sa profession, comme aussi avec un commissionnaire de transports ou commissionnaire expéditeur, la loi du

principal établissement de cette société, du transporteur, voiturier, commissionnaire, etc.

ART. 3. — Si la détermination de la loi applicable, dans le silence des parties, ne ressort ni de la nature du contrat, ni de leur condition relative, ni de la situation des biens, le juge aura égard à la loi de leur domicile commun ; à défaut de domicile commun, à leur loi nationale commune, et si elles n'ont ni domicile dans le même pays, ni nationalité commune, à la loi du lieu de contrat.

ART. 4. — Si le contrat a été fait par correspondance, le lieu du contrat ne sera pas non plus pris en considération, et l'on appliquera la loi du domicile ou de l'établissement commercial de celui de qui émane l'offre ou la proposition.

Il en sera de même dans le cas d'un contrat fait par téléphone et l'on appliquera la loi du domicile ou de l'établissement commercial de celui de qui émane l'offre ou la proposition, à moins que cette question ne puisse être résolue en fait. Dans ce dernier cas, on appliquera la loi du domicile commun ou de la nationalité commune, ou, subsidiairement, celle du domicile du débiteur.

ART. 5. — En ce qui concerne les modalités de l'exécution, manière de compter, de peser, de mesurer, mises en demeure, jours fériés, validité du paiement, validité des offres et de la consignation, il convient d'appliquer la loi et les usages du lieu d'exécution.

ART. 6. — Lorsque les effets du contrat dépendent du

sens de certains termes employés pour désigner le prix, le poids, la mesure, les délais et époques de paiement, on doit s'en référer en général à la terminologie du lieu où l'exécution doit se faire, à moins qu'il ne résulte des circonstances et surtout de l'objet du contrat, que les parties les ont employés dans un sens différent.

ART. 7. — Nonobstant les présomptions ci-dessus, la manifestation même tacite de la volonté effective des parties contractantes, prévaudra toujours contre elles et devra être respectée.

CHAPITRE IV

LA JURISPRUDENCE

CHAPITRE IV

JURISPRUDENCE

D'une façon générale, en cette matière, la jurisprudence de chaque pays et de chaque époque reflète les tendances doctrinales de son pays et de son époque : quelquefois même, en France, elle se réfère explicitement à l'avis des auteurs, cherchant dans la doctrine le secours qu'elle ne saurait trouver dans la loi. Aussi, à travers le principe de l'autonomie qui motive nombre de décisions, peut-on voir une tendance générale à créer des présomptions doctrinales, qui, malheureusement, n'ont pas tous les avantages que l'on se plaît à reconnaître en général aux présomptions légales : mais c'est en tout cas un indice très caractéristique du besoin qu'il y aurait d'ériger une règle fixe en cette matière.

Dans la jurisprudence, comme dans la doctrine, les partisans de l'autonomie se sont longtemps comptés sur la détermination du régime matrimonial des époux mariés sans contrat. Il faut d'ailleurs le regretter, le contrat de mariage étant, de tous les contrats, celui qu'en cas de volonté inexprimée, il y a le moins de raisons de livrer à l'autonomie des parties contractantes : les droits des tiers, que les législations mettent tant de

soin à protéger, seraient en effet complètement sacrifiées.

Comme nous l'avons vu, c'est pourtant à propos de cette question qu'est née l'autonomie. Et l'on peut dire qu'elle a été engendrée par la collaboration de la doctrine et de la jurisprudence : c'est, en effet, dans une consultation écrite en latin, en 1525 (consilium 53), à l'occasion de la liquidation de la communauté des époux de Ganay, que Dumoulin a été amené à mettre en lumière ce principe et à chercher, dans la volonté des parties, une raison juridique de décider :

Les époux de Ganay s'étaient mariés sans contrat à Paris, pays de coutumes, pays de communauté, en se faisant un don mutuel portant sur le mobilier et sur les conquêts immeubles. Or, durant le mariage, il advint qu'ils acquirent des biens dans le Lyonnais, pays de droit écrit.

A la liquidation, il s'agissait donc de savoir s'ils devaient être considérés comme mariés sous le régime de la communauté coutumière, même en ce qui concernait les biens situés dans le Lyonnais.

Tout autre jurisconsulte de l'époque se fût demandé : s'agit-il en l'espèce de statut réel ou de statut personnel ?

Dumoulin se prononça pour l'universalité de la communauté, y comprenant ainsi même les conquêts immeubles du Lyonnais ; mais les raisons qu'il donnait

(1) Voir Supra, p. 77.

de sa détermination étaient, comme nous l'avons vu, fondées sur un principe nouveau.

Toute société, remarque-t-il tout d'abord, comprend les biens des associés, quelle que soit la situation des dits biens : il en va de même de la communauté coutumière qui est en somme une société tacite : la coutume, en effet, qui établit le régime de communauté pour les époux qui n'ont pas fait de contrat est fondée sur le consentement tacite des époux : s'ils n'ont pas fait de contrat, c'est qu'ils ont admis tacitement le régime de la coutume. Or, toute convention tacite doit avoir la même portée qu'une convention expresse.

La coutume, remarque-t-il d'ailleurs à ce propos, peut s'appliquer tantôt comme loi publique et tantôt comme loi privée. En ce qui concerne le régime matrimonial, elle agit comme une loi privée qui emprunterait toute sa force au consentement des parties, et, par suite, elle a la même étendue extra-territoriale que la convention elle-même.

Et en fait, ajoute-t-il, à l'appui de sa thèse, les circonstances démontrent nettement l'intention des époux de Ganay de s'en rapporter à la coutume de communauté ; car, pendant leur vie matrimoniale, ils ont toujours agi comme communs en biens et ainsi démontré que c'est bien le régime qu'ils ont entendu adopter.

Reste à faire justice du préjugé de l'époque, selon lequel les lois relatives aux biens sont réelles.

Dumoulin y répond par une affirmation d'ailleurs contestable : le statut qui établit la communauté entre

époux ne vise pas les biens des époux, mais leurs actes et leur pouvoir de disposition, et, à ce titre, il est personnel.

Il ajoute enfin des raisons prises dans les textes, que les post-glossateurs n'auraient pas désavouées.

Dès lors, il semble que l'on puisse conclure, des explications de Dumoulin, que la loi ou la coutume qui fixe le régime des époux en l'absence de convention expresse, ne saurait être connue d'avance ; ce sera celle à laquelle les époux auront entendu se référer. Mais, en réalité, Dumoulin, préoccupé d'assurer partout l'efficacité du régime légal, rattache ce régime au statut personnel et décide que, par interprétation de la volonté des époux, ceux-ci seront mariés sous le régime de droit commun au lieu du domicile matrimonial : « S'il parle de la volonté des époux, c'est moins pour en proclamer la puissance que pour établir qu'il serait illogique d'admettre qu'une manifestation de volonté, telle que la permet ou la sous-entend le statut personnel, ne doit pas produire partout ses effets » (1).

Près de trente ans plus tard, il reviendra d'ailleurs sur cette question à propos de l'interprétation de la loi « cunctos populos », la première du Code de Justinien, qui servit au développement de toutes les théories statutaires. Cette fois, plus méthodique et plus jurisconsulte, il donne des solutions plus doctrinales, mais qui, certainement, pénétrèrent beaucoup plus lentement dans la jurisprudence.

(1) Surville : *Revue critique* (mars 1888), p. 167.

Il semble, en effet, que cette origine, trop près du cas concret, ait nui à l'éclosion et au développement rationnel de la théorie de l'autonomie (1). Il lui a manqué à ses débuts la hauteur de vue d'une doctrine venue à son heure et à sa place. Elle porte dans son argumentation, avec la trace des préoccupations utilitaires de la cause à laquelle elle restera attachée, la marque de son éclosion prématurée : assimilation de la communauté matrimoniale à une société, rattachement artificiel au statut personnel par l'intermédiaire de la volonté des contractants, distinction critiquable entre les coutumes agissant comme loi publique ou comme loi privée, interprétation plus ou moins factice des textes.

Malgré cela, la doctrine de Dumoulin fut consacrée, non sans résistance d'ailleurs, par la jurisprudence du Parlement de Paris : on cite l'arrêt Navelli (2) du 29 mars 1640, qui décida qu'un négociant domicilié à Paris, originaire de Lucques et marié sans contrat dans cette ville, était soumis non à la communauté légale admise comme régime de droit commun par la coutume de Paris, mais au régime dotal consacré par le statut de Lucques, et que ce statut devait avoir effet partout, même en France. Cet arrêt s'inspire, on le voit, de la doctrine statutaire, néanmoins, avec Du-

(1) M. Pillet à son cours.

(2) De Boeck : not. sous arrêt de Paris, 7 déc. 1887. D. P. 1888, 2-265.

moulin, il semble adopter le principe de l'extra-territorialité du statut de communauté.

La théorie du contrat tacite en matière de convention matrimoniale, et la théorie de l'autonomie, plus généralement en matière de contrat, ont, par contre, tenu une large place dans les jurisprudences française et belge du siècle dernier. Et bien que, nombre de décisions, nous le verrons, sous l'influence de la confusion établie par Dumoulin, aient cherché, en vertu même de cette autonomie, à créer des présomptions de fait, *a priori*, de nature à faciliter le travail du juge; on peut dire néanmoins que la jurisprudence française, sous l'empire du Code civil, s'est presque constamment inspirée du principe de la convention tacite.

Mais les tribunaux français seront longtemps influencés par l'idée que le contrat tacite, au point de vue régime légal, est lié avec le domicile matrimonial : on cherchera donc, par présomption de fait, le domicile matrimonial, on en déduira ensuite le régime légal.

En 1836, un arrêt du 29 décembre, rendu par la Cour de Cassation (1), décide : 1° qu'il appartient aux tribunaux de se fonder sur l'appréciation des circonstances de la cause, pour apprécier si un Français résidant à l'étranger a eu l'intention d'y constituer son domicile matrimonial : c'est une question de fait qui échappe à la censure de la Cour de Cassation ;

2° Que le domicile conjugal ainsi déterminé a exclu-

(1) Cass., 29 décembre 1836, D. P. 1837, I. 93.

sivement pour objet de voir faire régler les conventions matrimoniales d'après les lois en vigueur dans le pays où ce domicile a été pris et qu'il ne saurait porter atteinte à tous autres droits.

Dans ce sens : arrêt de la Cour de Paris, 3 août 1849 (1), de même l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 juillet 1855 (2) : « Attendu que le choix du régime auquel doivent être soumis les intérêts civils des époux dépend de leur volonté... »

« Attendu que l'arrêt attaqué a apprécié la volonté des époux d'après les circonstances et a été autorisé à conclure qu'ils avaient fixé leur domicile matrimonial en Toscane, d'où cette conséquence que leurs intérêts civils étaient régis par le droit romain, encore en vigueur en Toscane. »

Dans l'arrêt de la Cour de Metz du 9 juin 1852 (3), la recherche de la volonté en elle-même se sépare de la question domiciliaire, mais le juge, néanmoins, ne s'abstient pas encore de toute présomption *à priori* : attendu que, lorsqu'un Français et une Française se marient ensemble en pays étranger, ils sont réputés avoir contracté sous l'empire de la loi de leur patrie, surtout lorsque, comme au cas particulier, ils n'ont pas fait précéder leur union d'un contrat de mariage.

« Attendu qu'Etienne Pigasse était né et lors de son départ domicilié à Paris, et la demoiselle Tournant

(1) D. P. 1849. 2-182.

(2) D. P. 1856. 1-9.

(3) D. P. 1852. 2-189.

née à Château-Thierry, et, par conséquent, tous deux en pays coutumiers, où la communauté de meuble est de droit entre époux, et spécialement établie par la coutume de Paris ; qu'ainsi c'est ce régime que les époux Pigasse sont censés avoir voulu adopter, que *rien n'indique une volonté contraire* de la part de l'un ni de l'autre, soit avant, soit lors du mariage. »

« Que loin de là, il est difficile de penser que la demoiselle Tournant, dont il faut rechercher l'intention, aussi bien que celle de son mari, ait voulu adopter une loi étrangère qui, étant exclusive de la communauté, aurait immédiatement transmis à celui-ci la totalité de sa fortune entièrement mobilière, de sorte que, s'il décédait intestat, elle se trouvait entièrement ruinée » (1).

On ne saurait donc dire que la cour se décide exclusivement sur les présomptions de fait ; on a, au contraire, l'impression qu'elle pose en prémices une présomption *juris tantum* dont elle motive et légitime l'application par des faits ; c'est une méthode déductive, ce n'est pas encore l'expression parfaite du principe de l'autonomie, et, en fait, il ne semble pas exagéré de prétendre qu'on est peut-être encore très loin de la recherche de la volonté réelle des contractants : on nous présente le principe et ensuite on le fait

(1) Jugé dans le même sens : Cour de Bordeaux, arrêt du 2 juin 1875, D. P. 1876, 2-143 et arrêt du 24 mai 1876, D. P. 1878, 2-79 ; Cour d'Alger, 2 janvier 1908 (Clunet 1910), p. 570.

cadrer avec le vraisemblable, il y a encore à franchir toute la distance qui sépare le vraisemblable du vrai.

Bien que partant également d'une présomption tout au moins doctrinale, l'arrêt de la Cour de Cassation du 18 août 1873 (1) trouve dans les faits une confirmation beaucoup plus certaine de la volonté des parties, « attendu qu'en l'absence d'un contrat de mariage qui règle les conditions civiles d'un mariage entre personnes de nationalités différentes, la législation sous laquelle elles sont présumées avoir eu l'intention de se placer est déterminée par le lieu où elles se proposaient de fixer leur domicile.

» Qu'il est déclaré en fait, par le jugement attaqué, qu'à l'époque de son mariage, qui a eu lieu à Nice sans contrat, le 15 janvier 1857, avec la demoiselle Matiat, née en France, le sieur Evans, sujet anglais, n'avait en France qu'une résidence passagère; que, loin de manifester la volonté de se soumettre à la loi française, les époux ont, au contraire, entendu que leurs intérêts civils seraient réglés par le statut matrimonial anglais : qu'au lieu de faire consacrer leur mariage à Cannes, où ils se trouvaient, par les autorités françaises, ils sont allés s'établir à Nice, non encore réunie à la France, qu'ils y ont résidé pendant le temps nécessaire pour acquérir le domicile spécial exigé par les lois anglaises, et qu'ils s'y sont mariés devant le consul anglais. Que cette intention de placer l'association conjugale sous l'empire de la loi anglaise a été confirmée

(1) D. P. 1874, I. 258,

par leurs déclarations expresses et réitérées dans plusieurs actes authentiques, passés peu de temps après leur mariage, qu'ils étaient domiciliés en Angleterre. »

Il n'en est pas moins vrai que, si les juges avaient à appliquer une présomption légale *juris tantum*, ils n'agiraient pas autrement, et, juridiquement, ils seraient mieux fondés à agir ainsi.

C'est une démonstration par les faits que la présomption légale *juris tantum* est loin d'être inconciliable avec l'autonomie des parties contractantes.

Le jugement du tribunal civil de Mortagne du 6 avril 1911 (1), se réfère sans détour à une présomption doctrinale.

« Attendu que le choix peut résulter d'une volonté expresse ou présumée,

» Attendu que, dans le silence des parties, la doctrine admise par Pothier et Lebrun paraît s'imposer à l'heure actuelle. »

Et ce raisonnement est au fond très logique dans le silence des parties, et en l'absence de dispositions légales autant s'en rapporter à une présomption doctrinale qu'à un calcul de probabilités ; mais il fait regretter, néanmoins, l'existence d'une loi supplétive.

La tendance s'accuse plus nettement encore de verser de l'interprétation des faits dans la présomption légale, en un arrêt de la Cour de Monaco du 16 mars 1912 (2) et

(1) Cour de Cass., 15 juin 1912 (Clunet, 1914), p. 217.

(2) Clunet 1912, p. 1264.

cela par le fait même que l'arrêt croit devoir s'en défendre.

Conformément au Code monégasque, le Tribunal pose, en principe, que la détermination du régime légal des parties dépendant de leur volonté, il y a lieu d'apprécier leur intention d'après les circonstances de la cause.

En présence de deux époux de même nationalité, il est naturel de penser, à défaut de stipulation expresse, à ce sujet qu'ils ont entendu s'en référer pour leur régime matrimonial à leur loi nationale. Mais, toutefois, ajoute l'arrêt, il serait contraire aux principes de fonder sur la circonstance de communauté d'origine une sorte de présomption légale qui ferait écarter toute manifestation de volonté contraire.

Nous n'avons, d'ailleurs, aucune peine à admettre qu'une présomption fondée sur les circonstances ne soit pas irréfragable.

Quoi qu'il en soit, le pas à franchir n'est pas grand pour arriver à un critérium distinct de la volonté des parties contractantes. Quelques arrêts l'ont franchi qui ne s'inspirent pas de l'idée de contrat tacite ou, du moins, ne font pas mention de la recherche de la volonté dans leurs considérants.

L'arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1855 (1) n'invoque, en aucune façon, l'intention des parties « considérant que les époux Schweisheger se sont mariés le 2 août 1791, à Narbonne, et sans contrat destiné

(1) D. P. 1855, I. 75.

à constater les conventions auxquelles ils entendaient se soumettre ; que dans cet état de choses, ainsi que l'ont justement exprimé les premiers juges, il est de doctrine et de jurisprudence généralement suivie que les effets civils du mariage doivent se régler non par la loi du lieu où le mariage a été célébré, mais par celle du domicile matrimonial s'il en existe un, c'est-à-dire si les époux en ont choisi un immédiatement après la célébration et, à défaut de ce domicile, par celui du mari. »

Des décisions récentes émettent les mêmes idées : il ressort d'un jugement du tribunal civil de Toulouse du 10 mai 1907 que la loi nationale des conjoints régit les effets civils du mariage en vertu d'une présomption légale, qui souffre, toutefois, la preuve contraire (1). En cas de conflit de nationalité, c'est la loi nationale du mari à laquelle il faut donner la préférence, ce qui est naturel, la femme acceptant par le mariage la nationalité de son mari. (Trib. civ. Tunis, 9 mars 1905) (2).

Peut-être faut-il voir là l'influence de l'article 6 du Code italien, mais ces décisions sont encore en France l'exception et, dans la plupart, des arrêts récents la détermination du régime matrimonial des époux mariés sans contrat devient une pure question de fait, et, en tout cas, la présomption doctrinale ne joue plus qu'un

(1) Clunet 1907, p. 1121.

(2) Clunet 1906, p. 445, même sens Trib. sup. de Hambourg, 27 août 1911, Clunet, 1911, p. 622.

rôle nettement subsidiaire, c'est la véritable méthode inductive.

C'est ainsi que dans son arrêt du 18 mai 1886 (1), la Cour de cassation, repoussant toute doctrine, décide que la considération du lieu où les futurs époux se sont proposé de fixer le siège de l'association conjugale n'est pas exclusive de toutes autres qui peuvent, suivant les circonstances de chaque espèce, révéler la volonté des parties « attendu que ces constatations sont souveraines et concluantes pour établir que les Gabuy ont usé de la liberté que possèdent les étrangers résidant en France d'échapper aux lois françaises alors en vigueur, en manifestant, autant que possible, suivant les circonstances, leur volonté de contracter leur union sous l'empire des lois qui devaient la régir dans leur patrie », et dans le même sens un arrêt rendu par la chambre des requê-

(1) D. P. 1887, I. 277. Dans le même sens, Paris, 7 déc. 1887, D. P. 88. 2, 265.

Le trib. de Nice, le 19 juillet 1908, décide également que c'est une pure question de fait à apprécier par le juge du fond (Clunet 1909), p. 504.

Besançon, 12 mars 1912, D. P. 1912, 2, 152.

Paris, 7 mai 1912 (Clunet 1913), p. 591.

Toulouse, 23 janvier 1913 (Clunet 1913), p. 945.

Marseille, 8 mai 1913 (Clunet 1914), p. 1271.

Un arrêt de la Cour de Paris, 26 juillet 1910, fait même état des faits postérieurs au mariage : D. P. 1912-2-25. Dans le même sens, Mortagne, 6 avril 1911 (Clunet 1914), p. 217 ; Belfort, 3 juin 1911 (Clunet 1913), p. 171 ; Chambéry, 13 nov. 1908 (Clunet 1909), p. 502.

tes le 9 mars 1891 (1) dans une espèce où un Français ayant des établissements industriels à Palerme, où il demeurait, avait contracté mariage audit lieu avec une Italienne. Nous y trouvons affirmé de nouveau, avec la plus extrême netteté dans le motif suivant, le pouvoir souverain des juges du fond en cette matière : « Attendu qu'en tirant de ces circonstances, qu'elle a souverainement appréciées, la preuve que les sieur et dame Favier avaient eu l'intention de se marier sous le régime des lois italiennes et que, par suite, les règles de la communauté ne pouvaient leur être appliquées en vertu de l'article 1393 du Code civil, la Cour de Paris n'a violé aucune des dispositions de la loi sus-visée :rejette. »

La jurisprudence belge semble fixée dans le même sens : on cite le jugement du tribunal de Nivelles, en date du 19 février 1879 (2), qui déclare qu'à défaut de conventions nuptiales expresses entre un Anglais résidant en Belgique et une Française se mariant en France, le régime de leur association conjugale, quant aux biens, se détermine d'après la loi à laquelle les époux ont eu l'intention de se conformer et que cette intention peut se révéler par un ensemble de circonstances au nombre desquelles il faut placer, en première ligne, le choix du domicile matrimonial.

Ainsi, les idées directrices de la jurisprudence sem-

(1) D. P., 91-1-459, même sens Cass., 19 mai 1884 (sir. 85. 1. 113).

(2) *Revue de droit international et de législation comparée* (1881), p. 65.

blent-elles pouvoir se résumer, à l'heure actuelle, en ces quelques règles qu'énonce M. Feuilleley (1).

1° Le régime matrimonial auquel doivent être soumis au regard de la loi française, soit les Français mariés à l'étranger, soit les étrangers mariés en France ou à l'étranger, lorsqu'aucun contrat n'a réglé leurs intérêts civils, ne dépend, de plein droit, ni du lieu de la célébration du mariage, ni du statut personnel des époux, ni de leur loi nationale, ni même de leur domicile, mais de leur volonté commune, en vertu d'un pacte ou convention tacite ;

2° Le pacte tacite, comme, d'ailleurs, toute convention, a une nature personnelle ;

3° Le juge doit, en conséquence, rechercher par tous les moyens légaux de preuve, et, notamment, par présomption, quelle a été cette volonté et, à cet effet, s'éclairer de toutes les circonstances de la cause ;

4° En fait, c'est la loi du domicile matrimonial que, dans la plupart des cas, les tribunaux jugent devoir être appliquée, le choix de ce domicile étant considéré comme la manifestation la plus certaine de la volonté des époux ;

5° Cette présomption n'a, toutefois, rien d'obligatoire pour le juge qui peut se décider d'après des présomptions contraires ;

6° L'appréciation de l'intention présumée est de pur

(1) Feuilleley : Note sous arrêt Paris, 26 juillet 1910, D. P. 1912, 2, 25.

fait et rentre dans les pouvoirs souverains du juge du fond.

Il faut reconnaître, d'ailleurs, qu'en l'absence de toute législation, et s'il s'agissait toujours de volonté tacite existante, elle serait fondée sur des raisons juridiques exactes ; mais, pratiquement, comme le constate M. Feuilleley, elle est bien expédiente : ne présente-t-elle pas en effet « tant pour les époux, que pour les tiers qui sont appelés à traiter avec eux de graves inconvénients, à raison des incertitudes toujours inhérentes, à la preuve par simples présomptions abandonnées à l'arbitraire du juge ? Quoi de plus délicat et de plus difficile pour le juge que de discerner au milieu de considérations de toute nature, parfois contradictoires entre elles, toujours variables selon les espèces, quelle a été au jour du mariage la volonté des époux sur le choix d'un régime matrimonial ? La vérité c'est que, la plupart du temps, les époux qui se marient sans contrat ne songent guère alors au régime auquel ils entendent se soumettre. Et ce sera dix ans, vingt ans plus tard, lorsqu'un des époux sera décédé, qu'il faudra que le juge décide quel acte tacite aura existé entre eux : le plus souvent les faits de la cause ne fourniront aux tribunaux que des éléments de conviction imprécis ».

« Les difficultés et les inconvénients ne sont pas moindres pendant la durée du mariage ; les tiers appelés à contracter avec les époux n'ont absolument aucun moyen de savoir quelle est la capacité de la femme, ni dans quelle mesure elle peut s'obliger, aliéner, hypo-

théquer, etc. ; l'incertitude est la même pour les époux. Tel époux prendra par testament au profit de son conjoint telle disposition, s'il est marié sous le régime de la séparation de biens, qu'il ne prendra pas s'il est marié sous le régime de la communauté. Or, il lui est impossible de savoir et même de prévoir ce que les tribunaux jugeront lorsque la question du régime matrimonial se trouvera posée au jour de la dissolution du mariage. »

Tel est à peu près, dans la jurisprudence, le bilan de l'idée du contrat tacite dans la détermination du régime matrimonial des époux mariés sans contrat ; mais le principe de l'autonomie a trouvé aussi son application dans l'interprétation des contrats en général : les décisions sont moins nombreuses, mais tout aussi confuses.

Citons, par exemple, un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière de billet à ordre, très caractéristique sur ce point, tout au moins quant au principe, car, en fait, il s'agit surtout de la règle *locus regit actum*, mais on peut en conclure *a fortiori* que la Cour se serait prononcée de la même façon s'il s'était agi de l'application de la *lex loci actus*. (Cass. 19 mai 1884) (1) : « Attendu, sur le deuxième moyen, que la Cour de Besançon en s'attachant aux circonstances particulières de la cause en a conclu que les parties contractantes avaient voulu se soumettre à la loi française et que c'est là une appré-

(1) Sir. 85, 1, 113.

ciation qui échappe à la censure de la Cour de cassation. »

Même confusion, et d'autres encore, dans le jugement du tribunal de commerce de la Seine le 6 septembre 1906 (1), relatif à un contrat d'un autre genre. Il s'agissait du rang d'admission d'une créance belge à une faillite ouverte à Paris :

« Attendu, d'une part, qu'il est de principe en vertu de l'article 1134 du Code civil qu'en matière de contrat les parties sont réputées avoir eu l'intention de se conformer à la loi du lieu où elles ont contracté ;

» Attendu qu'en l'espèce l'intention des parties de se conformer à la loi française ressort à l'évidence de ce fait que la Compagnie demanderesse qui est domiciliée à Liège est venue lier contrat avec la Compagnie des Aéroplanes, à Paris, au siège administratif de cette Société. »

Mais, ajoute le tribunal, et c'est là qu'il faut voir une autre préoccupation bien éloignée de l'autonomie des parties contractantes :

« Attendu que l'application de la loi belge, conformément à la prétention de la demanderesse, entraînerait dans un cas non reconnu par la loi française, la rupture de l'égalité entre les créanciers d'une faillite. »

En somme, le Tribunal applique ici une loi d'ordre public française en vertu de l'autonomie des parties contractantes, parce que dans l'espèce cette autonomie lui

(1) Clunet 1907, p. 266.

permet de justifier une solution qui lui paraît intuitivement la seule acceptable.

Nombre de tribunaux ont cherché dans un critérium fixe la détermination de la loi supplétive à appliquer au contrat en l'absence de volonté des parties contractantes : la plupart du temps, d'ailleurs, il n'entre pas dans leur pensée de méconnaître le principe de l'autonomie ; nombre d'arrêts, en effet, le placent en tête de leur décision ; mais, faute de volonté exprimée par les contractants, ils cherchent des raisons déterminantes de leur choix en dehors de cette volonté. On ne saurait leur faire grief de cette manière d'agir tout au moins quant au principe, car, souvent, en fait, les motifs de leur choix lui-même sont moins heureux.

Aussi, n'est-il pas dans nos intentions d'opposer en jurisprudence partisans et adversaires de l'autonomie ; cette manière de faire serait trop loin de la réalité ; à part quelques arrêts caractéristiques, la plupart des décisions, ainsi que nous avons essayé de le faire ressortir dans l'histoire du contrat tacite, amalgamant les deux tendances en essayant plus ou moins consciemment de les concilier.

En France, la *lex loci contractus* est généralement appliquée ; quelles sont les raisons de cette prédilection ? Les arguments qui ont entraîné l'adhésion de la doctrine française ; l'autorité elle-même de cette doctrine ont certainement créé dans la jurisprudence française une ambiance favorable à son développement ; mais il est aussi à ce choix des motifs plus immédiats : il n'est pas téméraire de prétendre, par exemple, qu'on

y trouve au moins à l'origine l'influence de la règle *locus regit actum* : confusion entre la forme et le fond.

Ne faut-il pas voir également dans l'article 1159 de notre Code civil un autre motif d'application de la *lex loci actus* ? Extension abusive au droit international d'une disposition de droit interne.

L'arrêt de la Cour d'appel de Douai, le 17 juin 1897 (1), fait l'application de la *lex loci actus* : « Attendu en droit que le contrat d'affrètement conclu entre étrangers est régi, sauf stipulation contraire, par la loi du pays dans lequel il est formé ; que cette loi est seule applicable pour l'interprétation des clauses substantielles de ce contrat ; que parmi ces clauses, il faut ranger celles qui concernent le fret, etc. »

Dans le même sens, mais plus explicite encore, un jugement du tribunal de la Seine du 18 janvier 1902 (2) ; aux termes de ce jugement « la loi applicable aux contrats, non seulement quant à leurs forme et mode de preuves, mais aussi quant à leurs conditions fondamentales lorsque les parties n'ont pas manifesté leur volonté et qu'elles sont de nationalité différente, est la loi

(1) Sir. 1898, II, 202. Il semble difficile d'inférer nettement du texte même de cet arrêt qu'on se trouve en présence de la règle *locus regit actum* ; en tout cas, le commentateur de cette décision la présente comme une application de cette règle et il cite dans le même sens un arrêt de Paris du 2 mars 1892 (Sir. 96, 2, 37), qui s'inspire de la même loi, mais lui a trait à une question de forme.

(2) Clunet 1902, p. 812. Dans l'espèce, il s'agit encore, d'ailleurs, plutôt que d'une question de fond, d'une question de vice du consentement : dol, rapport dolosif,

du pays dans lequel la convention est intervenue : *lex loci contractus* ».

« Attendu, enfin, dit encore le tribunal civil de Pau (1), que lorsque le contrat est intervenu entre personnes qui n'ont pas la même nationalité et que les parties n'ont pas manifesté leur volonté, l'opinion qui tend de plus en plus à prévaloir enseigne que la loi applicable aux contrats est celle du pays dans lequel la convention est intervenue ; que ce principe a été formulé dans des termes plus généraux, puisqu'il a été souverainement décidé que la législation du lieu où un acte a été passé régit cet acte, non seulement quant à la forme et à son mode de preuve, mais aussi quant à ses conditions fondamentales. »

La Cour de cassation décide dans le même sens en matière de connaissance : loi du lieu du contrat, sauf volonté contraire (2).

La jurisprudence allemande donne également quelques exemples du choix de la *lex loci contractus* (tribunal supérieur de commerce de l'empire de Leipzig, 25 juin 1872) : « Les usages commerciaux du lieu où le contrat a été conclu doivent servir à interpréter le contrat » (3).

(1) 28 juillet 1904, Clunet 1905, p. 194.

(2) Cass., 5 déc. 1910, Clunet 1912, p. 1158.

(3) Clunet 1874, p. 136. Il convient de remarquer que le lieu du contrat était, dans l'espèce, le siège de l'établissement commercial. Une décision du même tribunal, du 4 décembre 1871, semblait donner la prépondérance au domicile du mandant. (Clunet 1874, p. 81.)

Mêmes décisions en Hollande : jusqu'à la preuve du contraire, les contractants doivent être présumés se soumettre à la loi du pays où le contrat est conclu, surtout quand l'une des parties y est domiciliée et que les deux parties sont de nationalité différente (1).

L'influence du Code civil italien (art. 9) a entraîné également dans ce sens des décisions de la jurisprudence italienne : la Cour de cassation de Rome du 7 novembre 1894 (2) se prononce sur un cas assez complexe : « Dans le cas où un acte s'est accompli en plusieurs phases juridiques s'étant produites dans divers pays ; mais de telle sorte que l'achèvement du contrat, seul, fasse naître des obligations, le contrat est régi par la loi du pays où il est achevé. »

Il en est autrement si chacune des phases de l'acte a donné naissance à des obligations distinctes. En ce cas, chaque obligation est régie par la loi du pays où a été passée la partie de l'acte d'où est née cette obligation.

La Cour de cassation de Roumanie (arrêt du 20 janvier 1892) déclare qu'en principe si les parties ne stipulent pas expressément la loi d'après laquelle doivent se résoudre les difficultés qui pourraient s'élever entre elles, les obligations doivent s'exécuter conformément

(1) Cour d'appel d'Arnheim, 19 janvier 1898; même sens Cour d'appel de la Haye, 17 mai 1897. (Clunet 1899, p. 410.)

(2) Sir. 95, 4, 13. La Cour d'appel de Venise, 13 janv. 1915 (Clunet 1906, p. 509), soumet le contrat d'affrètement à la *lex loci actus*, à l'exclusion de la loi du port de destination.

aux lois et à la jurisprudence du pays où elles ont été conclues (1).

La loi du lieu d'exécution est, en général, appliquée, au contraire, par la jurisprudence allemande ; il faut voir là, d'une façon générale, l'influence de Savigny. Mais si la fortune singulière de cette doctrine auprès des juges allemands est due, certes, en grande partie à la notoriété de son auteur, il faut avouer qu'elle cadrerait étrangement avec les tendances de ce peuple pratique : l'exécution est le côté tangible du contrat ; d'autre part, il s'agit, en fait, dans nombre de cas, de conventions ayant trait au commerce maritime ; or, nous trouvons énoncés dans les arrêts eux-mêmes les avantages pratiques qui font préférer, dans ce cas, la loi du lieu d'exécution à tout autre.

Ainsi : au cas de réception contestée de cargaison, la nécessité de recourir aux lois de différentes places pour opérer le règlement d'avaries conduirait à des confusions inextricables.

Au contraire, n'est-il pas naturel de prétendre que si le règlement d'avaries s'effectue au lieu de destination, toutes les parties intéressées ont (tacitement) consenti à se soumettre à la loi de ce lieu et cela ne devra-t-il pas surtout être vrai pour ceux qui reçoivent la cargaison (2).

(1) Même sens, Cour de Galatz, 27 sept. 1891 (*Revue de Droit international*, 1894, p. 299).

(2) Tribunal de Leipzig, 23 déc. 1872; dans le même sens, jugement du même tribunal des 17 fév. 1871 et 25 janv. 1870. (Clunet 1874, p. 133.)

Le tribunal de l'Empire (du 15 janvier 1892) est également formel sur ce point. Lorsque la volonté des contractants n'a été manifestée ni expressément ni tacitement, la loi applicable est celle du lieu de l'exécution du contrat et non celle du lieu de la passation du contrat (1).

Le tribunal régional de Brunswick (18 oct. 1901) envisage le cas des contrats synallagmatiques : le courtage étant dans l'opinion générale un contrat synallagmatique, les obligations de chaque partie sont soumises chacune à la loi de leur lieu d'exécution respectif (2).

On trouve la même tendance, favorable à la loi du

(1) Clunet 1894, p. 154; même sens, trib. régional supérieur de Colmar, 19 mai 1893 : loi du lieu d'exécution, qui coïncide habituellement avec celle du domicile du débiteur. (Clunet 1895, p. 141.) Trib. régional sup. de Colmar, 27 mars 1896 (*Gazette du Palais*, 1898, 4, 9). Tribunal régional supérieur de Carlsruhe, 15 avril 1903 (Clunet 1905, p. 1057). De même en cas de mandat : Tribunal supérieur de Hambourg, 26 juin 1900 (Clunet 1912, p. 248). Nombreuses décisions également en ce qui concerne le connaissance.

Trib. de l'Empire, 16 avril 1903 (Clunet 1906, p. 196).

Trib. sup. hanséatique, 16 avril 1907 (Clunet 1908, p. 188).

Trib. rég. sup. de Hambourg, 29 fév. 1904 (Clunet 1908, p. 188).

Trib. supér. hanséatique, 16 juin 1903 (Clunet 1906, p. 201); en cas affrètement, trib. sup. de Hambourg, 28 mai 1908 (Clunet 1911, p. 284).

En cas de vente, 19 avril 1910 (Clunet 1911, p. 1279).

(2) Clunet 1907, p. 450.

lieu d'exécution, en Hongrie (1), en Suisse (2), en Grèce sous l'influence de la loi du 19 octobre 1856, art. 6 (3).

Enfin, un arrêt de la Cour de Bruxelles (4) du 29 juin 1907 semble s'être inspiré de la distinction des effets et des suites :

« Attendu, dit cet arrêt, qu'il y a lieu d'admettre avec une opinion très accréditée qu'en cas de silence des parties et à défaut de présomption dénotant leur intention commune, elles sont censées s'en être rapportées à la loi du pays où le contrat est né pour tout ce qui concerne sa forme et ses effets juridiques, et pour ces actes d'exécution à la loi du pays où ils se font.

» Attendu... qu'il s'agit de la substance même des contrats à savoir de ce que les parties ont prévu, voulu, où sont sensées avoir voulu pour le cas d'inexécution, qu'à cet effet, il est indispensable d'interpréter et de fixer la portée juridique desdits contrats, d'analyser les obligations qui en découlent et qui auraient été violées ; qu'il faut admettre avec Laurent et d'autres jurisconsultes autorisés que ce genre d'action tenant à la substance de la convention est régi par la loi du lieu où celui-ci est né. »

La loi du domicile du débiteur a également fait des adeptes en Allemagne. (Tribunal de l'Empire, 2^e cham-

(1) C. royale de Hongrie 1912, 7679, 905 (Clunet 1914, p. 1009).

(2) Cour de justice civile de Genève, 5 juillet 1913 (Clunet 1914, p. 1395).

Tribunal fédéral suisse, 8 mars 1913 (Clunet 1914, p. 1407).

(3) Aréopage, section B, 1899, n^o 25 (Clunet 1903, p. 210).

(4) Clunet 1908, p. 562.

bre civ., 19 mai 1883) (1). Si les parties n'ont pas manifesté leur intention d'une façon non équivoque relative-ment au choix de la loi supplétive à appliquer à leur contrat, on devra se référer à la loi du domicile du débiteur.

Enfin, en Italie, en vertu de l'article 7 du Code italien, la loi nationale a été appliquée par certains arrêts comme loi supplétive (2) et en vertu de l'article 6 du même code, la loi nationale du mari au régime matrimonial des époux mariés sans contrat.

Nous voyons, enfin, un arrêt de la Cour d'appel de Douai (2^e chamb., 11 déc. 1891), appliquer aux meubles la *lex rei sitæ*.

« Attendu... que l'on doit admettre comme règle de droit international que les meubles alors qu'ils sont considérés individuellement sont toujours régis par la loi du lieu de leur situation : la *lex sitæ*, que, par suite, dans tout contrat passé entre Français et étrangers cette règle de droit doit être présumée sous-entendue, s'il ne résulte des circonstances que les parties l'ont exclue. »

Dernière survivance de la théorie des statuts.

Par la multiplicité des systèmes en jurisprudence,

(1) Clunet 1893, p. 1230. Dans le même sens, Cour d'appel de Cologne, 14 oct. 1890 (Clunet 1893, p. 599), mais il s'agit d'une question de validité. Reichsgericht, 23 mars 1897 (Clunet 1900, p. 634).

(2) Cour de cass. de Florence, 4 fév. 1901 (Clunet 1906, p. 137). La Cour d'appel de Paris, 21 nov. 1895, a fait l'application de cette loi, mais elle se réfère à l'adhésion des parties au moment de l'arrêt (Clunet 1896, p. 371).

comme en doctrine, on peut juger l'intérêt capital qu'il y aurait à unifier les solutions en une présomption légalement édictée : sans avoir les inconvénients des présomptions doctrinales admises en fait, elle en aurait tous les avantages et ne nuirait en rien à l'autonomie des parties contractantes, puisque *juris tantum*, elle serait aussi facile en droit et plus facile en fait à écarter que la présomption doctrinale.

CHAPITRE V

Aperçu de Législation comparée

CHAPITRE V

APERÇU DE LÉGISLATION COMPARÉE

Il n'existe, à proprement parler, aucun texte de notre Code réglant le conflit des lois dispositives en droit international privé.

L'article 1134 lui-même, comme nous l'avons vu, ne pose pas le principe que ce conflit est solutionné par la loi présomptivement adoptée par les parties contractantes : les parties sont libres de s'exprimer aux termes de cet article, mais rien n'indique, en cas d'inexpression de volonté, de quelle façon il doit y être suppléé.

Quant à l'article 1159, il n'a certainement aucune portée internationale et c'est justement, une des lois interprétatives dont il s'agit de régler l'application en droit international privé (1).

Le Code italien est certainement le plus explicite sur le point qui nous occupe. L'article 9, 2° des dispositions préliminaires, est ainsi conçu : « La substance et les effets des donations et des dispositions de dernière vo-

(1) Félix en tire cependant argument en faveur de la *lex loci contractus*. Félix, op. cit. p. 230, note b.

lonté sont censés réglés par les lois de la nation des disposants. Le fond et les effets des obligations sont censés réglés par la loi du lieu où les actes se sont faits et si les contractants étrangers sont d'une même nation, ce sera par leur loi nationale, sauf l'expression d'une volonté contraire » (1).

Le Code italien accorde donc un droit de cité au système de la présomption *juris tantum* ; en fait, il se prononce en faveur de la *lex loci actus* et subsidiairement de la loi nationale des contractants lorsqu'ils sont tous de même nationalité ; mais peu importe les modalités, nous relevons l'application du principe que nous préconisons et nous ne croyons pas qu'il ait donné lieu à des mécomptes en ce qui concerne la liberté des parties contractantes.

Un décret du 20 février 1891 tranche la question d'une façon analogue, en ce qui concerne le Congo belge « sauf intention contraire des parties les conventions sont régies, quant à leur substance, à leurs effets et à leur preuve par la loi du lieu où elles ont été conclues » (art. 5, al. 2) (2).

L'article 7 du projet du Code civil belge tel qu'il a été

(1) L'art. 6 règle la question du régime matrimonial des époux mariés sans contrat.

(2) Décret du roi Léopold I^{er}, souverain de ce pays, préparé par M. Rolin. Jacquemyns et Rivier, de l'Institut de dr. intern. (*Bulletin officiel de l'Etat indépendant du Congo*, avril 1891, p. 68 à 71 ; *Journal de dr. int. priv.* 1891, p. 671).

Voir commentaires de ce décret dans la *Revue pratique de dr. int. priv.* 1890-1891, 2, p. 179 et ss.

rédigé par la commission nommée à cet effet, en 1884, est sensiblement le même quant aux lois applicables : « Les obligations conventionnelles et leurs effets sont réglés par la loi du lieu du contrat. Toutefois, préférence est donnée aux lois nationales des contractants si ces lois disposent d'une manière identique. Ces règles ne sont pas applicables si, dans l'intention des parties, constatée expressément ou manifestée par les circonstances, il résulte qu'elles ont entendu soumettre leurs conventions à une loi déterminée... Les dispositions du présent article sont suivies quels que soient la nation des biens qui font l'objet de la convention et le pays où ils se trouvent » (1). La loi applicable, on le voit, est à peu de chose près la même que celle qui est présumée par le Code italien : loi du lieu de formation et, à son défaut, non pas la loi nationale commune, mais les lois nationales, lorsqu'elles sont semblables, ce qui, en fait, étend un peu l'application de la loi nationale. La différence est plus sensible dans le rôle joué par la volonté des parties contractantes : le fait que dans le projet belge le juge peut être amené à rechercher la volonté dans les circonstances est une porte ouverte à l'interprétation judiciaire. Nous avons vu les inconvénients d'un

(1) Avant-projet préparé par Laurent et soumis à la Chambre des représentants en vertu d'un arrêté royal du 30 mars 1882. Déposé sur le bureau de la Chambre le 17 nov. 1887 (projet de titre préliminaire du Code belge). Lainé : Etude dans le *Bulletin de la Société de Législation* (1890).

Weiss, op. cit., T. III, p. 210. Surville, op. cit., p. 287.

pareil système en étudiant le projet présenté par M. Albéric Rolin au Congrès de l'Institut de droit international, session de Florence. Par contre, le choix laissé à la volonté des parties est singulièrement limité, ce qui a certainement beaucoup moins sa raison d'être : « La faculté accordée aux parties contractantes (de choisir une loi) ne peut avoir pour objet que la loi nationale de l'une d'entre elles au moins, la loi du lieu du contrat, où la loi où celui-ci doit être exécuté. » Les raisons de cette restriction ne nous apparaissent pas, tout au moins en ce qui concerne l'exclusion de la loi domiciliaire, par exemple, ainsi pour ces différentes raisons à la rédaction du Code italien vont toutes nos préférences.

Le Code civil autrichien lui aussi fait une large application de la *lex loci actus*, aux termes du paragraphe 36, la convention synallagmatique passée en Autriche entre un Autrichien et un étranger est régie par la loi autrichienne ; lorsque les deux contractants sont étrangers leurs conventions seront réglées par la loi autrichienne, mais seulement s'il n'est pas prouvé qu'ils ont entendu s'en rapporter à une autre loi. Il résulte, enfin, du paragraphe 37 que les conventions passées en pays étranger, soit entre étrangers, soit entre étrangers et Autrichiens, seront appréciées d'après la loi du lieu du contrat, à moins qu'il ne soit manifeste qu'une autre législation ait été choisie par les contractants. C'est donc une présomption, dont l'effet est toujours le même, l'application de la *lex loci actus*, mais dont l'intensité varie suivant les cas.

De même, au Japon, conformément à la loi du

15 juin 1898, article 7, les parties sont libres de choisir, mais, en cas de volonté incertaine, on applique la loi du lieu où l'acte aura été passé (1).

La loi du lieu d'exécution est choisie par quelques codes comme loi supplétive ; mais étant donné qu'elle avait en sa faveur la doctrine et la presque unanimité de la jurisprudence en Allemagne, en eût pu s'attendre à la voir consacrée par une texte positif du Code civil allemand ; or, le nouveau Code présente, au contraire, comme le Code Napoléon, une sérieuse lacune au sujet de l'application d'une loi supplétive.

Cette abstention est d'autant plus étonnante que le projet de la commission de rédaction, proposait et que, d'autre part, l'article 11 du Code saxon et le droit général prussien (*Allegemeines Landrecht* LIV, art. 256-257) prévoient l'application de la loi du lieu d'exécution à titre de la loi supplétive (2).

La Grèce a été plus fidèle que l'Allemagne elle-même à la *lex loci executionis* : toute liberté est laissée aux parties pour choisir ; mais, en cas de silence, la loi présume qu'elles ont entendu donner la préférence à la législation en vigueur au lieu où, suivant leur volonté, la convention doit être mise à exécution (3).

Le Code de commerce portugais consacre la compé-

(1) Yamada : Le droit int. priv. au Japon (Clunet 1901, p. 636).

(2) Le dr. int. priv. dans le nouveau Code civil allemand, J. Keidel (Clunet 1899, p. 276, note I.).

(3) Art. VI, § I, Loi civile du 29 octobre 1896. — Politis : Le droit int. en Grèce (Clunet 1908, p. 5 et ss., et p. 408 et ss.).

tence de la *lex loci actus* quant au contenu et à l'effet des obligations résultant de l'acte et celle de la loi du lieu d'exécution en ce qui concerne le mode d'exécution (1).

Toutes les combinaisons que nous avons rencontrées dans la doctrine et la jurisprudence se retrouvent, on le voit, dans les codes. Sous la pression de la nécessité des tentatives ont déjà été faites, cependant, dans le sens de l'unification.

En ce qui concerne, par exemple, la détermination du régime matrimonial en l'absence de contrat de mariage une convention a été signée à La Haye, le 17 juillet 1905, par l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie et la Suède, qui décide, en son article 2, que dans le cas où les époux se sont mariés sans contrat les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage (2).

Dans le même ordre d'idées, la Société d'études législatives, à la suite d'un rapport de M. le professeur Pilet, a conclu à la modification législative de l'article 1393 du Code civil par l'addition d'un paragraphe ainsi conçu : « Le régime matrimonial des étrangers mariés en France et des Français mariés à l'étranger est, à dé-

(1) Art. IV du C. de commerce portugais (Weiss, op. cit., T. III, p. 206).

(2) Répert. pratique Dalloz, Contrat de mariage, n° 976 et ss.

faut de contrat de mariage, le régime légal adopté par la loi nationale du mari » (1).

Une convention avait déjà été réalisée en ce qui concerne les contrats en général. Des termes du traité de Montevideo du 25 août 1888 au 18 février 1889 entre l'Uruguay, la République argentine, le Paraguay, le Brésil, le Chili, le Pérou et la Bolivie (2), il ressort que :

ART. 32. — La loi du lieu où les contrats doivent s'exécuter décide s'il est nécessaire qu'ils soient faits par écrit et la qualité du document qui devra être dressé.

ART. 33. — La même loi régit leur existence, leur nature, leur validité, leurs effets, leurs conséquences, leur exécution ; en résumé, tout ce qui concerne les contrats sous quelque aspect que ce soit.

ART. 34. — En conséquence, les contrats sur des choses certaines et individualités sont régies par la loi du lieu où elles existaient au moment de la formation de ces contrats ; si leur efficacité dépend de quelque lieu spécial par la loi du lieu du domicile du débiteur au moment où a été conclu le contrat.

ART. 35. — Le contrat d'échange portant sur des choses situées dans des lieux distincts soumis à des lois

(1) *Bulletin de la Société législative*, 1909, rap. n° 5, p. 429, discussion n° 6, p. 449. Cet article, on le voit, serait conforme à l'art. 6 du Code italien.

(2) *Revue de droit international*, 1889, p. 217 et suivantes : Le congrès de dr. int. sud-américain et les traités de Montevideo, par M. Pradier-Fodéré.

non conformes est régi par la loi du domicile des contractants, si ce domicile leur était commun au moment de la conclusion de l'échange et, par la loi du lieu, de cette conclusion, si le domicile était distinct à ce moment (art. 36), les contrats accessoires sont régis par la loi de l'obligation principale à laquelle ils se rapportent.

Il serait à souhaiter que pareille tendance se généralisât. Sans doute, il n'est pas aisé d'obtenir l'adoption d'un texte unique par les différents codes ; mais, en tout cas, le moment semble opportun de s'y essayer.

CHAPITRE VI

SYSTÈME DE PRÉSUMPTION

CHAPITRE VI

SYSTÈME DE PRÉSUMPTION PROPOSÉ

De ce que tous les systèmes exposés jusqu'ici nous ont paru plus ou moins critiquables, faut-il en conclure avec M. Roguin que le principe lui-même de la présomption doit être rejeté et que la décision du juge doit être forcément affaire de cas particulier ? (1)

Non certes, car, comme nous l'avons vu, outre que le principe lui-même est fondé en droit, la plus défectueuse des présomptions a pratiquement de nombreux avantages sur l'arbitraire du juge : un pouvoir de décision illimité laissé au magistrat en cette matière entraînerait, en effet, une incertitude perpétuelle et une gêne continuelle dans la pratique contractuelle, les parties ne pouvant jamais savoir à l'avance à quelle loi elles seront soumises pour l'interprétation des clauses de leurs conventions. Il faut, dans les rapports juridiques, une loi fixe et bien connue.

Reconnaissons, d'ailleurs, qu'il est difficile de fixer le critérium d'après lequel on préférera les usages d'un

(1) Annuaire de l'Inst. de dr. int., 20^e vol., p. 80.

des pays en cause à ceux d'un autre ; d'une part, en effet, nous nous sommes refusés à admettre que l'on puisse en fait et en droit, tenir compte dans ce choix de la volonté douteuse ou inexprimée des parties contractantes ; d'autre part, il ne saurait être question de nous déterminer par des raisons d'ordre public : car, sans doute, l'ordre public dans chaque Etat exige que la volonté des parties soit suppléée, dans la mesure où elle est restée obscure ou insuffisamment explicite, mais il n'exige pas qu'elle soit suppléée d'une manière plutôt que d'une autre. Si le législateur édicte des lois dispositives, c'est parce qu'il faut une loi à tout contrat, parce qu'il faut un droit commun fixe, mais s'il est une raison plausible de soumettre le contrat à un autre droit commun, le législateur n'a aucun intérêt à s'y opposer. L'intérêt de chaque Etat est satisfait dès l'instant où une législation dispositive sera reconnue compétente alors même que ce serait celle d'un Etat étranger.

Néanmoins, de ce que nous avons dit précédemment, il nous est permis de tirer quelques conclusions de nature à éclairer notre recherche. En somme, il s'agit, grâce aux lois supplétives et interprétatives, de restituer au contrat imparfait, non pas la teneur que les parties auraient voulu lui donner, mais la teneur la plus plausible, la plus normale, la plus conforme à l'usage ; en un mot, c'est une règle fixe que nous cherchons à établir, une question de droit qu'il s'agit de solutionner. Il conviendra donc de rechercher, non point dans les circonstances qui sont essentiellement variables, mais dans la nature même du contrat, qui en est l'élément

permanent, ce qui peut, généralement, influencer sur le choix d'une loi dispositive.

D'autres considérations doivent encore guider le législateur dans le choix de la présomption : il posera des lois fixes pour que les intéressés n'aient aucun doute sur la loi qui les régit ; des lois qui dominent le contrat tout entier, sans cela un accident imprévu pourrait venir modifier la situation respective des parties ; des lois qui soient familières aux contractants ou faciles à connaître, il est à peine besoin de le faire remarquer ; des lois, enfin, qui soient soustraites dans la plus large mesure à l'arbitraire des juges.

C'est en s'inspirant de toutes ces considérations que M. Pillet a émis un système nouveau de présomptions qui a le très grand mérite d'être fondé sur la nature même du contrat (1).

M. Pillet, et, c'est là l'originalité de sa théorie, distingue les contrats en deux classes principales : les contrats spontanés et les contrats précédés d'offres.

I

La première catégorie comprend elle-même les contrats commutatifs ou à titre onéreux et les contrats de bienfaisance; dans les premiers, remarque M. Pillet, la situation des parties est égale de part et d'autre : impossible de trouver une raison à notre choix dans la prépondérance de l'un des contractants. Il faut donc recourir aux présomptions acceptées jusqu'à présent en ayant soin, toutefois, qu'elles renferment le maximum

(1) M. Pillet à son cours.

des qualités qu'on doit exiger d'une présomption : la loi la meilleure serait celle du domicile commun des parties, si elles ont le même domicile et, dans le cas contraire, la loi du lieu où le contrat a été formé. Si, toutefois, il résulte des circonstances que le lieu de formation du contrat ne fournit aucune indication quant à la volonté des parties, la loi applicable sera celle du lieu de l'exécution.

La première, en effet, est certainement à préférer comme la plus probable et non, d'ailleurs, parce que telle aurait pu être l'intention des parties : elles ont pu n'y pas penser ; mais parce que c'est celle sous laquelle elles vivent et que c'est, en somme, la plus facilement connue d'elles.

Ce qui n'exclut pas, d'ailleurs, la loi de formation du contrat, car, en fait, il est très fréquent qu'elles se confondent, deux contractants ayant le même domicile formeront très probablement leur contrat à ce même domicile. Néanmoins, en cas cependant possible de désaccord entre ces deux lois, la première devrait être préférée pour les raisons que nous venons d'indiquer.

En cas de non commun domicile, on ne peut faire prévaloir le domicile de l'un des contractants sur celui de l'autre, puisque dans l'hypothèse que nous examinons il s'agit justement d'une situation égale de part et d'autre. Nous avons vu, en effet, qu'il n'y a pas de raison de préférer d'autre part la loi du domicile du défendeur. La loi de formation paraît alors la plus indiquée ; mais, à son défaut, cependant, on pourrait appliquer la

loi du lieu d'exécution. M. Pillet, d'ailleurs, n'insiste pas sur ce point et là n'est pas l'originalité de sa théorie.

Dans les contrats de bienfaisance : donation, testament, cautionnement, on peut conclure à la prépondérance de la personnalité de celui qui rend service et c'est une raison suffisante pour choisir la loi personnelle du bienfaiteur.

Ce n'est, d'ailleurs, pas une innovation en ce qui concerne la donation, nombre d'auteurs admettent cette façon de procéder : mais pour le cautionnement (1) on se réfère plus généralement à la loi de formation.

II

Abordons maintenant la deuxième catégorie de contrats qu'envisage M. Pillet et qui forme, pour ainsi dire, le corps de sa théorie. Les contrats précédés d'offres, cette catégorie renferme, en somme, tous les contrats synallagmatiques. Lorsque deux parties sont sur le point de traiter ensemble, il y en a nécessairement une qui prend les devants et manifeste sa volonté la première. Elle propose de traiter sur des bases déterminées : c'est l'offre ou pollicitation. L'autre agréé la proposition qui lui est faite, elle consent, c'est l'acceptation.

Là, encore, pour procéder avec plus de sûreté et de méthode, M. Pillet fait une subdivision et envisage successivement :

1° Les offres particulières ;

(1) En faveur de la loi de la caution, M. Strisower. A. 1908, p. 281.

- 2° Les offres générales ;
- 3° Les offres réglementées.

Les premières, *les offres particulières*, sont celles qui sont faites de particulier à particulier : ce n'est pas le cas le plus fréquent et, au point de vue international, il ne rencontre que de rares applications. Quoi qu'il en soit, dans un tel contrat, la première chose qui nous frappe, c'est la prépondérance de l'offrant, c'est lui, en effet, qui a mis l'ouvrage sur le métier, qui a établi la trame : tous les points non modifiés ; il semble donc qu'il y ait une raison de préférer sa loi, et, juridiquement d'ailleurs, l'offre, même inacceptée, est déjà un acte juridique, qui, par lui-même, produit sur la personne de l'offrant certaines conséquences, elle est donc, par elle-même, déjà soumise à un régime légal, quoi d'irrationnel, par suite, à dire que la loi de l'offre s'étendra tout naturellement au contrat ; c'est par application de cette idée que M. Rolin présume la loi applicable au contrat par correspondance : « Toutefois, si le contrat a été fait par correspondance le lieu du contrat ne sera pas pris en considération et l'on appliquera la loi du domicile de celui des contractants de qui émane l'offre ou la présomption et qui a ainsi jeté les bases du contrat. » (Art. 4 de son contre-projet présenté à la session de l'Institut de droit international, Florence 1909) (1). Il est certain, d'ailleurs, que si nous n'avons pas la prétention de dire

(1) Annuaire de l'Inst. de dr. int. 1908.

quelle sera la loi présomptivement adoptée par les parties, nous croyons du moins qu'elle paraît assez naturelle pour que les contractants, qui n'avaient pas songé à choisir une loi, ne soient nullement étonnés de la voir appliquer ; ils ont apporté leur acceptation à une offre déjà régie par une loi, quoi d'étonnant à ce que cette loi les englobe lorsqu'ils s'en approchent, on pourrait presque dire que le contraire les eût étonné.

Remarquons, en passant, qu'une autre raison existait autrefois de déclarer prépondérante la loi de l'une des parties, c'était la personnalité même de l'un de ces contractants.

En ce qui concerne, en effet, l'engagement d'un domestique par son maître, autrefois, la loi du maître était considérée comme devant prévaloir, mais aujourd'hui il paraît plus conforme à nos idées de les mettre sur la même ligne. On ne saurait pourtant étendre cette solution au cas d'embauchage : il y a là, en effet, une très réelle inégalité de situation. Sans doute, dans ce cas, comme dans le précédent, les motifs que nous venons de signaler seraient aussi désuets, mais il est une autre raison de se prononcer en faveur de la prépondérance de la loi du domicile du patron. C'est que tous les engagements relatifs aux ouvriers d'un même patron doivent être soumis à une même loi. Avouons, d'ailleurs, avec M. Pillet, que le contraire ne serait pas injuste, mais simplement incommode et, à défaut d'autre raison, la commodité peut bien être prise en considération d'autant plus que la loi du domicile du patron renfermera le plus sûrement les qualités requises pour

la loi que nous cherchons et, en fait, sera souvent aussi celle du lieu de formation (1).

Les offres générales sont également faites de particulier à particulier ; mais les conditions du contrat sont déterminées d'avance et toute considération de personne est mise à part ; le premier venu peut traiter pourvu qu'il accepte les conditions à lui faites.

Comme on le voit, l'offre particulière n'est donc, en somme, que fort peu de chose à côté des offres générales et, fait remarquer M. Pillet, on ne peut même pas comparer les contrats spontanés avec les contrats conclus à la suite d'offres générales qui sont, en somme, des contrats de tous les jours : le commerçant qui offre sa marchandise à l'acquéreur soit en mettant les objets à l'étalage, soit en en publiant le prix, d'une façon quelconque, fait une offre générale et, au point de vue international, il n'est pas rare d'avoir à envisager les contrats faits en bourse ou les contrats sur adjudication.

On conçoit facilement qu'il puisse naître, à ce sujet, des conflits de lois sur cette matière ; on peut admettre par exemple, que le droit de révocation soit reconnu par une législation et non par une autre. La théorie des vices cachés peut varier d'un pays à un autre. Il va sans dire qu'à cette catégorie de contrat nous appliquons pour le choix de la loi dispositive le même critère qu'à la pré-

(1) En ce sens, A. Rolin, Corsi; toutefois ce dernier demande qu'on spécifie loi du lieu du travail. Contra : E. Rolin, Fiore, qui préconisent la loi du lieu où l'ouvrier a été engagé. A. XXII, p. 276 et ss.

cédente, nous choisirons encore la loi du domicile de l'offrant (1). Les raisons qui militaient en sa faveur, dans le premier cas, restent, en effet, les mêmes ici ; l'offre étant le principe d'une obligation juridique ; mais, de plus, on peut ajouter que l'offre générale qui est faite au public, à tous les tiers qui voudront l'accepter, doit être la même pour tous, et il est de son essence que la loi qui la régit soit égale pour tous ; or, la loi de l'offrant est la seule loi commune.

Il faut remarquer, au sujet de cette catégorie de contrat, que ce qui la caractérise est la diminution progressive dans la liberté des parties ; les offres se font de plus en plus précises et comme, d'autre part, les offres sont générales, les intéressés se trouvent, dès lors, dans l'alternative d'accepter ou de refuser purement et simplement. Aussi, les auteurs ont-ils qualifié ces contrats de contrats d'adhésion. Mais, M. Pillet fait observer, à juste titre, que cette appellation n'est pas très juste et peut prêter à confusion. Elle est empruntée, en effet, au style diplomatique où elle n'a pas du tout le même sens : l'adhésion pour une puissance est le fait, par cette puissance, d'user de la faculté qui lui a été réservée par traité de se joindre à une convention antérieurement formée ; adhérer à un traité déjà existant ne fait, en somme, qu'augmenter le nombre des contractants. En droit civil, au contraire, accepter une pollicitation, c'est former le contrat lui-même. Il y a donc entre ces deux façons de

(1) En ce sens, rapport de M. Rolin. A. 1908, p. 94.

procéder une différence essentielle, et il n'y a, par suite, aucune raison de leur donner le même nom.

Restent *les offres réglementées* : ces offres ne sont proposées au public qu'après avoir subi une préparation et à la suite d'une autorisation émanant d'une autorité de telle sorte que les particuliers ne sont plus libres non seulement en fait, comme dans le cas précédent, mais même en droit, d'en changer les clauses.

On en peut citer comme exemple les contrats de transport avec les compagnies de chemins de fer, dont les tarifs, qui constituent l'offre sont réglementés par l'Etat et le particulier qui traite avec elle n'y peut rien changer.

De même pour les voitures publiques : le fait de stationner dans les rues et places d'une ville est considérée comme une offre tacite au prix du tarif, et l'acte du voyageur qui s'introduit dans la voiture en offrant de payer ce prix est l'acceptation constitutive du contrat (1).

Il en est ainsi, d'ailleurs, pour certains monopoles de fait : les compagnies d'assurances ; ou même pour des monopoles artificiels : les trusts. A cette catégorie, nous appliquerons, ainsi qu'aux deux premières, et à plus forte raison dirons-nous, la loi du domicile de l'offrant, et ici elle s'impose, pour ainsi dire, sans qu'il soit besoin de la justifier.

Telle est donc la méthode proposée par M. Pillet et

(1) Justice de paix de Paris, XIV^e arr., 5 janv. 1882. D. 82, 3. 1110.

pour en éclairer l'application il fixe un certain nombre de règles pratiques.

1° Le droit, régulièrement établi entre les parties contractantes par la loi compétente, définit leur situation respective pendant toute la durée du contrat ; doit-elle en régir toutes les conséquences ? Où se limitera son application ? Faut-il ainsi que certains auteurs Barthole, Fœlix l'ont fait, entre les effets et les suites des obligations, faire une distinction au point de vue de l'application de la loi supplétive. M. Pillet préconise une délimitation plus simple, plus pratique et, en même temps, plus conforme à la nature de la loi supplétive : son application doit exactement s'arrêter où s'arrêteraient les effets de la même convention, si les parties l'avaient faite expressément. Cette limite sera atteinte chaque fois que les nouveaux effets dérivant du contrat n'en procédant que d'une façon très indirecte, exigeraient, pour être précisés, une nouvelle convention. Cette règle trouvera son application dans les déviations que les événements imprévus font subir aux conventions des contractants. On n'aura donc pas à faire la distinction des effets et des suites, en ce que les parties ne l'auraient pas réglé par un nouveau contrat.

2° Pour les conséquences qui nécessitent une convention nouvelle expressément faite, et donneraient aux intéressés la possibilité de se mettre sous une nouvelle loi, il faudra déterminer, à nouveau, l'autorité supplétive ; il en sera ainsi, par exemple, en cas de novation, de cession de créance, de subrogation, qui modifient la

vie de l'obligation et exigeraient un accord des parties pour prendre naissance.

Il convient d'observer, toutefois, que lorsqu'il se produit dans la vie des obligations un de ces événements qui en modifient l'existence, il faut, néanmoins, tenir compte de l'obligation antérieure en ce qui concerne les droits qui pourraient être acquis par des tiers; ainsi, par exemple, en matière de subrogation : il n'est pas douteux que ce soit un nouveau contrat, que, par suite, il faille lui appliquer une loi nouvelle, il n'en est pas moins vrai que la loi supplétive de l'ancien contrat s'étendra au tiers, dans l'espèce le subrogé, en ce qui concerne les relations de ce dernier avec le débiteur vis-à-vis de qui il vient au lieu et place du subrogeant, il est son ayant cause à titre particulier.

3° L'autorité d'une loi supplétive se limite aux personnes qui auraient pu choisir la loi applicable à leur convention cette loi ne peut donc pas étendre son autorité à des tiers, il pourra par suite arriver qu'il y ait lieu de combiner l'autorité de la loi supplétive du contrat et de la loi des tiers.

En matière de compensation, par exemple, il faudra souvent tenir compte de deux législations distinctes. La compensation suppose, en effet, deux obligations dans lesquelles le débiteur de l'une se trouvera le créancier de l'autre. Il faudra donc que les conditions imposées par les deux lois se trouvent remplies.

Il en sera de même en cas de cession de créance de subrogation et même en cas de novation par changement de créancier lorsqu'il y a sûretés. Les législations

pourront, alors, varier et même se cumuler s'il y a lieu.

Tel est, en somme, le système de présomptions légales *juris tantum* proposé au législateur par M. Pillet pour suppléer à l'absence de volonté des parties contractantes.

L'ensemble de lois dispositives ainsi choisi peut être sujet à critique : tel auteur pourra proposer l'application de telle autre loi dans tel cas déterminé; mais il nous semble que l'on ne puisse contester au principe lui-même qu'il est logique et pratique; il fait à la volonté des contractants sa véritable place, et il a en même temps le mérite de ne laisser à personne le soin difficile de suppléer à l'absence de volonté.

Ce système vient à son heure.

M. Aubry (1) a dit quelque part après avoir délimité le domaine de l'autonomie : « Ce sera un cadre vide dans lequel chacun mettra ce qu'il voudra »; nous nous sommes essayés, dans la limite de nos faibles moyens, à indiquer dans quelle mesure la volonté des contractants d'une part, la loi dispositive d'autre part, doivent être appelées à le remplir.

Vu : *Le Président,*

PILLET.

Vu : *Le Doyen,*

F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

POINCARÉ.

(1) Aubry : *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé.* (Clunet 1896, p. 465 et ss.).

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

AUDINET. — *Principes élémentaires de Droit international privé* (Paris, 1906).

ASSER et RIVIER. — *Eléments de Droit international privé* (Paris, 1884).

BOUSQUET. — *Explication du Code civil d'après les motifs exprimés dans les discours prononcés par les orateurs du gouvernement et du tribunal* (Avignon 1804).

BOULLENOIS. — *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes et statuts* (1766).

DEMOGUE. — *Les notions fondamentales du droit privé* (essai critique).

DESPAGNET et DE BOECK. — *Précis de droit international privé* (1909).

DEMANTE. — *Cours élémentaire de droit civil*.

DUMORA (A.). — *Etude sur les présomptions en droit civil* (1901).

FOELIX. — *Traité de droit international privé*, édition revue par Demangeat (Paris, 1868).

P. FIORE. — *Droit international privé*, traduction Pradier-Fodéré (Paris, 1875).

JARASSÉ. — *Essai sur la substance et les effets des conventions* (Poitiers, 1886).

JITTA. — *La substance des obligations en droit international privé* (1906).

LAURENT. — *Droit civil international* (Bruxelles et Paris, 1880).

- LAINÉ. — *Introduction au droit international privé* (Paris, 1912).
- MONTESQUIEU. — *L'Esprit des Loïs*.
- MOLINÆI-OPERA (édition MDCXXIV).
- OLIVE. — *Etude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé* (Paris, 1899).
- PILLET. — *Principes de droit international privé* (Paris, 1903).
- J.-J. ROUSSEAU. — *Le Contrat social*.
- A. ROLIN. — *Principes de droit international privé*.
- E. ROGUIN. — *La règle du droit*.
- SURVILLE et ARTHUYS. — *Cours élémentaire de droit international privé* (1904).
- SALEILLES. — *De la déclaration de volonté* (traduction du code civil allemand) (1901).
- SAVIGNY. — *Traité de droit romain*, traduction Guenoux (Paris, 1851).
- TROUILLER. — *Du rôle du consentement dans les actes juridiques* (Valence 1894).
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Les lois d'ordre public*, extrait de la *Revue de Lille* (Paris, 1899).
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — *La synthèse de droit international privé* (Paris, 1897).
- WEISS. — *Traité théorique et pratique de droit international privé*.
- WEISS. — *Traité élémentaire de droit international privé*.
-

ARTICLES DE REVUE & PÉRIODIQUES

Annuaire de l'Institut de droit international :

Spécialement :

T. XV, A. 1896, session de Venise ;

T. XIX, A. 1902, session de Bruxelles ;

T. XX, A. 1904, session d'Edimbourg ;

T. XXI, A. 1906, session de Gand ;

T. XXII, A. 1908, session de Florence,

Bulletin de la Société de législation comparée.

CLUNET. — *Journal du droit international privé.*

Et spécialement :

1878 — BROCHER : *Des bases théoriques du droit int. privé.*

1887 — LAINÉ : *Le droit international privé en France, considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts.*

DE BAR : *Esquisse du droit international privé* (traduc. Weiss).

1891 — SURVILLE.

PILLET : *Etude sur les sources du droit international.*

1894, 1895, 1896 — PILLET : *Essai d'un système général de conflit de lois.*

1896 — AUBRY : *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé.*

1899 — A. DE REUTERSKIOLD : *La loi qui doit régir les obligations contractuelles, d'après le droit international privé.*

KEIDEL : *Le droit international dans le nouveau code civil allemand.*

1901 — VARNADA : *Le droit international privé au Japon.*

1908 — POLITIS : *Le droit international en Grèce.*

DALLOZ. — *Répertoire pratique.*

DALLOZ. — Jurisprudence générale : *Recueil périodique et critique* :

Spécialement :

1888-2-365 — DE BOECK : Note sous arrêt (Paris, 7 déc. 1887) :

1912-2-25. — FEUILLOLEY : Note sous arrêt (Paris, 26 juillet 1910).

Revue de droit international et de législation comparée :

Spécialement :

1889 — PRADIER-FODÉRÉ : *Le congrès de droit international sud-américain et les traités de Montevideo.*

Revue pratique de droit international privé :

Spécialement :

1892 — PILLET : *Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public.*

SIREY : *Recueil de jurisprudence.*

Table des Matières

INTRODUCTION

Définition et valeur relative de l'autonomie des parties contractantes	11
Délimitation du domaine de l'autonomie.....	20
Exposé du problème : en droit interne, en droit international	22

CHAPITRE I^{er}

*Rôle des lois dispositives en droit interne ; volonté douteuse ;
Volonté inexprimée*

Les lois dispositives, leur nature, leur rôle, d'après le degré d'expression de volonté des parties contractantes.....	29
Théorie de M. Saleilles ; opinions de MM. Sammler et Pillet.	32
Conclusions pratiques.....	40

CHAPITRE II

*Les lois dispositives en droit international. — Faut-il
des présomptions ?*

Deux cas à distinguer.....	47
§ 1 ^{er} . Les parties ont exprimé le choix qu'elles font d'une loi	48
§ II. Les parties se sont imparfaitement exprimées ou ne se sont pas exprimées.....	50
En ce cas, pour déterminer la loi, dispositions à appliquer. Le juge doit-il recourir aux présomptions de fait ou aux présomptions légales ?.....	50
Système de la présomption de fait.....	53
Critique du système et exposé du système de la présomption légale	58
Avantages pratiques de la présomption légale ; système intermédiaire et critique.....	68

CHAPITRE III

La doctrine

Aperçu général historique de la notion d'autonomie.....	77
Classification pratique des systèmes.....	82
§ 1 ^{er} . Les parties ont même nationalité et même domicile : loi nationale, loi domiciliaire.....	83
§ II. Les parties n'ont ni même nationalité ni même domicile : <i>lex loci executionis</i> ; <i>lex loci domicilii delictoris</i> ; <i>lex fori</i>	89
<i>Lex loci actus</i> ; autres lois.....	96
Distinction des effets et des suites.....	108
Texte adopté par l'Institut de droit international à la session de Florence, en 1908.....	116

CHAPITRE IV

Jurisprudence

Aperçu général : Naissance et évolution de la théorie du contrat tacite; arrêts consacrant l'autonomie.....	123
<i>Lex loci actus</i>	141
<i>Lex loci executionis</i>	145
Autres lois.....	147

CHAPITRE V

Système proposé

Quelles conditions doit remplir la présomption : système proposé ; distinctions.....	163
Contrats spontanés.....	165
Contrats précédés d'offre : offres particulières ; offres générales ; offres réglementées.....	167
Règles pratiques d'application.....	173
Conclusion	175
Bibliographie	177

PARIS-LIMOGES. — SOCIÉTÉ DES PUBLICATIONS DU CENTRE
